

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ081937

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 555/2021, de 26 de abril de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1636/2017

SUMARIO:

Tasa por aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública. Empresas explotadoras de servicios de suministros. Cuantificación. Telefonía fija. Internet. La STJUE de 27 de enero de 2021, C-764/18 (NFJ080271) ha declarado que la Directiva autorización, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, «debe interpretarse en el sentido de que es aplicable también a las empresas que prestan servicios de telefonía fija y de acceso a Internet». La sentencia del TJUE de 27 de enero de 2021 ha considerado, por un lado, que la Directiva autorización sí se aplica a las empresas que prestan servicios de telefonía fija e internet, pero también ha manifestado, que sus arts. 12 y 13 no se oponen a una normativa nacional que impone, a las empresas propietarias de infraestructuras o de redes necesarias para prestar tales servicios, una tasa como la que nos ocupa. Nada ha dicho, de manera expresa, porque no se le preguntó, acerca de la conformidad al Derecho europeo de esa tasa cuando se exige a los prestadores de tales servicios que no son los propietarios de las infraestructuras o de redes necesarias. Ello conduce a estimar que ningún reproche jurídico le merece al Tribunal de Justicia tal posibilidad. Lo dispuesto en la Ordenanza de Pamplona es reflejo de lo previsto en los arts. 20 y 23 TRLHL y arts. 100 y 104 Ley Foral 2/1995 de Navarra (Haciendas Locales), relativos, respectivamente, al hecho imponible y al sujeto pasivo. Las entidades locales podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Serán sujetos pasivos, a título de contribuyentes quienes disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular. Ello también es así en el caso que nos ocupa, puesto que la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2021 ha considerado que la tasa que analizamos está extramuros de los arts. 12 y 13 de la Directiva autorización. Puede apreciarse que esta regla especial no se aplica a los servicios de telefonía móvil, pero sí rige para los servicios de telefonía fija e internet. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre la cuantificación de la tasa que nos viene ocupando y, por tanto, específicamente, sobre esta regla especial de cuantificación. Ello tiene una fácil explicación, los arts. 12 y 13 de la Directiva autorización no se oponen a la tasa que nos ocupa: luego, si esta tasa no se opone al Derecho europeo, no es preciso proceder a su examen desde la perspectiva que ha dado a lugar al conflicto y, por tanto, no hay tacha que oponer a dicha cuantificación. Por ello, el debate sobre cuantificación no es una cuestión de ajuste al derecho europeo, será, en su caso, una cuestión de ajuste al derecho interno. La Sala fija la siguiente doctrina: Las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los arts. 12 y 13 de la Directiva autorización, tal como han sido interpretados por STJUE de 27 de enero de 2021, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si éstas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas. [Vid., ATS, de 12 de julio de 2018, recurso n.º 1636/2017 (NFJ071689) y STSJ de Navarra, de 15 de diciembre de 2016, recurso n.º 122/2016 (NFJ071690), que se casa y anula].

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 149.

Ley 32/2003 (General de Telecomunicaciones), arts. 28, 43 y 49.

Ley Foral 2/1995 de Navarra (Haciendas Locales), arts. 100, 104 y 105.1.3.º.

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), arts. 20, 23 y 24.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas -Directiva autorización-), arts. 12, 13 y 16.

Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones), arts. 6 y 11.

PONENTE:

Doña Isaac Merino Jara.

Magistrados:

Don ISAAC MERINO JARA
Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
Don JOSE DIAZ DELGADO
Don ANGEL AGUALLO AVILÉS
Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS
Doña MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 555/2021

Fecha de sentencia: 26/04/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1636/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: T.S.J.NAVARRA CON/AD SEC.2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por: LMR

Nota:

R. CASACION núm.: 1636/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 555/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. José Díaz Delgado
D. Ángel Aguillo Avilés
D. Francisco José Navarro Sanchís
D. Isaac Merino Jara
D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 26 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación que con el número 1636/2017 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, representado por la procuradora doña Ana Lázaro Gogorza, contra la sentencia de 15 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación núm. 122/2016 en relación con la petición de rectificación de autoliquidación practicada en concepto de tasa de aprovechamiento especial del suelo, vuelo y subsuelo de dominio público local correspondiente al segundo trimestre del 2014.

Ha comparecido como parte recurrida ORANGE ESPAGNE, S.A.U., representada por el procurador don Francisco José Abajo Abril.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *La resolución recurrida en casación.*

El objeto del presente recurso de casación lo constituye la sentencia núm. 514/2016, de 15 de noviembre de 2016, por la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que estimó parcialmente el recurso de apelación núm. 122/2016 interpuesto por ORANGE ESPAGNE S.A.U. (en lo sucesivo ORANGE) contra la sentencia núm. 267/2015, de 4 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona en autos del recurso contencioso-administrativo núm. 292/2014. Dicha sentencia revocó la apelada y, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo instado por ORANGE, declaró contrario a Derecho y nulo el término "móvil" contenido en el inciso segundo, apartado 1, del artículo 5 de la Ordenanza fiscal nº 22/2014 del Ayuntamiento de Pamplona, reguladora de la tasa por aprovechamientos especiales del suelo, vuelo y subsuelo del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de suministros.

Segundo. *La argumentación de la sentencia de instancia.*

ORANGE presentó declaración de ingresos brutos y autoliquidación correspondiente al segundo trimestre de 2014, con fecha 14 de julio de 2014, de la Tasa por Ocupación del Dominio Público Local. La autoliquidación, sobre una base imponible de 528.580,48 euros a un tipo de gravamen del 1,5 por ciento, arrojaba una deuda de 7.928,71 euros. Posteriormente, mediante escrito fechado el 30 de julio de 2014 solicitó la rectificación de la autoliquidación realizada alegando que la Tasa referida sólo era exigible a los titulares de las redes de telefonía, en este caso, fija, y que de otra manera, cualquier norma local, estatal o autonómica que permita la fijación de un gravamen a las compañías de telefonía fija o móvil que no sean titulares de instalaciones, debe ser declarada contraria a Derecho comunitario, en concreto, al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE (en lo sucesivo, Directiva Autorización).

La Directora de Hacienda del Ayuntamiento de Pamplona, desestimó la solicitud en resolución de fecha 18 de septiembre de 2014, ya que: «dicha autoliquidación tiene por objeto los ingresos brutos procedentes de suministros distintos de la telefonía móvil, por lo que a la misma no le afectan las sentencias del TSJ de Navarra que anulan parcialmente la Ordenanza Fiscal nº 22 (texto vigente en los años 2009, 2010 y 2011) y solo excluyen de la aplicación de la tasa a los operadores de telefonía móvil que no son titulares de infraestructura en el dominio público por ostentar simples derechos de uso, acceso o interconexión a redes ajenas»

Contra la resolución del Ayuntamiento, presentó, la mercantil, recurso contencioso administrativo el 17 de noviembre de 2014 en el que se pretendía la nulidad de la liquidación girada por el Ayuntamiento de Pamplona, así como la ordenanza del Ayuntamiento que le sirvió de causa. El Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Pamplona, en el que se tramitó el recurso bajo el número de autos 292/2014, dictó sentencia desestimatoria el 4 de diciembre de 2015.

La representación procesal de ORANGE recurrió en apelación la sentencia alegando, en síntesis, que:

1°. La supuesta titularidad de redes no debió ser objeto de debate porque la liquidación impugnada fue practicada a la empresa en su condición de usuaria de las redes de Telefónica a través de derechos de interconexión.

2°. Error en la valoración de la prueba al considerar que la demandante es titular de las redes que discurren por el término municipal de Pamplona.

3°. Incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre el segundo motivo de impugnación esgrimido por la parte demandante en cuanto a la nulidad del método de cuantificación de la tasa.

El recurso se elevó a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, donde se registró con el número de rollo 122/2016, dictándose sentencia estimatoria parcial del recurso, el 15 de noviembre de 2016, que se remite íntegramente a su sentencia 462/2016 de 3 de noviembre, en la que resolvía un asunto idéntico referente al primer trimestre del año 2014.

En la sentencia impugnada, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera sometidos los servicios de telefonía fija y de internet a las previsiones de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, y a las consecuencias interpretativas obtenidas por el TJUE, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de exigir el canon a quienes no sean titulares de las infraestructuras instaladas en el dominio público, como en lo que atañe a la cuantificación de gravamen.

Sobre la titularidad de la red de telefonía, la Sala de Navarra concluye que las redes son de titularidad de ORANGE. Sobre la cuantificación de la tasa en el 1,5 % de los ingresos brutos, manifiesta que «la STS de 20 de junio de 2016, rec. 3937/2014, en lo que atañe a la cuantificación de la tasa, destaca especialmente el criterio de objetividad o justificación objetiva, que no se cumple cuando la cuantía de la tasa viene determinada por los ingresos brutos obtenidos por una compañía o por su volumen de negocio o proporcionalidad, requisito que no concurre en la cuantificación que utiliza parámetros que arrojan un montante que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recurso escaso. Esto es, la cuantía debe guardar una relación de proporcionalidad con los usos o utilización del dominio público por los operadores de telefonía. Estos criterios de recogían tanto en el artículo 49 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que transponía la Directiva 2002/20/CE, como en el art. 71 de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo (entrada en vigor el día siguiente) General de Telecomunicaciones», razonando después que: «como la telefonía fija e internet es un servicio de comunicaciones electrónicas en el sentido de la Directiva 2002/20, cabe concluir que las previsiones sobre tasas administrativas y cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, reguladas en los artículos 12 y 13 sean plenamente aplicables también en este caso en el que se analiza la tasa por telefonía fija e internet y, en consecuencia, las consideraciones jurisprudenciales sobre tales preceptos son también aplicables a la telefonía fija e internet, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de exigir el canon a quienes no sean titulares de las infraestructuras instaladas en el dominio público, como respecto a la cuantificación misma del gravamen, y así los criterios de determinación de la base imponible establecidos en el art. 5 -ingresos brutos procedentes de la facturación- no se aplicarán ni a los operadores de telefonía móvil ni a los operadores de telefonía fija e Internet. Por ello, debe suprimirse el término "móvil" en el inciso segundo del apartado 1 del art. 5 de la Ordenanza Fiscal N° 22 de 2014 del Ayuntamiento de Pamplona reguladora de las tasas por aprovechamientos especiales del suelo, vuelo y subsuelo del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de suministros, por ser contrario al Derecho Comunitario.

En consecuencia, procede estimar el presente recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia, anulando la liquidación impugnada por ser contraria a Derecho al considerar ilegal el término "móvil" en el inciso segundo del apartado 1 del art. 5 de la Ordenanza Fiscal N° 22 de 2014 del Ayuntamiento de Pamplona».

Tercero. Tramitación del recurso de casación.

1. Preparación del recurso.

El procurador don Javier Aráiz Rodríguez, en representación del Ayuntamiento de Pamplona y mediante escrito fechado el 30 de enero de 2017, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2016.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, el Ayuntamiento de Pamplona identifica como infringido el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo) [«TRLHL»], según ha sido interpretado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de julio de 2007, dictada en el recurso de casación en interés de la ley 26/2006 (ES:TS:2007:5518).

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 3 de marzo de 2017, por el que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo y emplazó a los litigantes para que comparecieran ante la Sala Tercera.

La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, admitió a trámite el recurso por auto de 21 de junio de 2017 en el que aprecia interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia precisando la cuestión que presenta dicho interés en los siguientes términos:

«Determinar si las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), según han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a la imposición de tasas y cánones a las compañías que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, se extienden también a las que lo hacen en los de la telefonía fija y de los servicios de internet».

2. Interposición del recurso.

La procuradora doña Ana Lázaro Gogorza, en nombre y representación del Ayuntamiento de Pamplona, interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha 5 de septiembre de 2017, que observa los requisitos legales.

La parte recurrente tras justificar los requisitos de admisibilidad del recurso, solicita de esta Sala que fije como interpretación que considera adecuada al supuesto, que: «El establecimiento y regulación mediante Ordenanza Fiscal de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el dominio público municipal a favor de empresas operadoras de servicios de telefonía fija e internet, de acuerdo con lo que establece el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el caso en que dichas empresas sean propietarias de las redes e infraestructuras instaladas, no se opone al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones, según ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Finaliza su escrito solicitando que esta Sala dicte sentencia por la que estime el recurso de casación, anule la Sentencia impugnada y confirmando, por tanto, la validez del artículo 5.1 de la Ordenanza Fiscal nº 22 del Ayuntamiento de Pamplona (año 2014) y de la resolución municipal de 6 de febrero de 2015, todo ello de acuerdo con las normas aplicables y a la interpretación de las mismas ya reproducida, y sin perjuicio de la intervención del TJUE que la Sala Tercera del Tribunal Supremo entendiera necesario instar con el planteamiento de cuestión prejudicial.

3. Oposición al recurso interpuesto.

Don Francisco José Abajo Abril, procurador de la entidad ORANGE, presentó escrito de oposición de fecha 17 de noviembre de 2017, solicitando la desestimación del recurso de casación interpuesto, ya que considera que «la pretensión de pronunciamientos esgrimida de contrario está incorrectamente formulada al haberla circunscrito a los operadores titulares de redes, cuando la procedencia de exaccionar la tasa atendiendo a criterios de titularidad debe de quedar fuera del debate casacional, debiendo decaer, en consecuencia, el recurso presentado de contrario».

Respecto a un eventual planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, la representación procesal de la mercantil, propone: «dado que la sentencia recurrida anuló la liquidación por considerar que el método de cálculo era contrario a la jurisprudencia comunitaria interpretada por el TS en su sentencia de 15 de octubre de 2012, a juicio de esta parte, las preguntas que eventualmente se eleven ante el TJUE deberían ir encaminadas a que el TJUE se pronuncie:

- Sobre si la doctrina sentada por la STJUE de 12 de julio de 2012 es de aplicación a la telefonía fija;
- Si los métodos de cálculo que se basan en los ingresos de las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones, tanto de manera directa como indirecta (v.gr. número de líneas de los operadores), son compatibles con la Directiva autorización».

4. Suspensión.

Por providencia de 8 de mayo de 2018 se dio traslado para alegaciones sobre la necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

«PRIMERO. Si la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva autorización"), interpretada por el TJUE en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, resulta de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet.

SEGUNDO. En el caso de que la cuestión anterior fuera respondida afirmativamente (y se declarara la aplicación de aquella Directiva a las prestadoras de servicios de telefonía fija e internet), si los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente».

El 12 de julio de 2018 se dictó auto acordando la suspensión del procedimiento, y la elevación al TJUE de las anteriores cuestiones prejudiciales.

5. Alegaciones de las partes sobre la resolución de la cuestión prejudicial.

El 27 de enero 2021 se publicó la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial C-764/18, en respuesta a las cuestiones suscitadas por esta Sala. Dado traslado a las partes por 10 días para que alegasen lo que a su derecho conviniese sobre la incidencia de dicho pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la resolución del presente recurso, el procurador de ORANGE presentó escrito, el 17 de febrero, en el que concluye que el recurso debe ser desestimado, ya que, en las sentencias de 13 de septiembre de 2013 (recurso de casación 2333/2010, ES:TS:2013:4585, FD 4º) y 14 de julio de 2014 (recurso de casación 1529/2013, ES:TS:2014:3015, FD 3º) esta Sala: «ha resuelto que tasas calculadas, de una u otra forma, sobre la base del volumen de negocios o de facturación anual del sujeto pasivo en el término municipal no son ajustadas al Derecho de la Unión Europea. En dichos pronunciamientos se dice que la conclusión de la abogada general, «aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar».

70. Por todo lo anterior, esta parte recurrida considera que, en virtud de los principios de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, el Tribunal Supremo debe resolver siguiendo iguales pautas y en el mismo sentido [vid., entre todas, las sentencias del Tribunal Supremo 20 de enero de 2021 (recurso de casación 4774/2019, ES:TS:2021:214, FD 1º) y 21 de enero de 2021, recurso de casación 6760/2018, ES:TS:2021:206, FD2º)].71. En definitiva, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.1 LJCA, procede que el Tribunal Supremo dicte sentencia fijando los siguientes criterios interpretativos:

(i) La Directiva autorización y la acotación de la potestad tributaria de los Estados miembros que se contiene en su artículo 13 son aplicables a los servicios de telefonía móvil y de Internet.

(ii) Conforme a la jurisprudencia del TJUE y del propio Tribunal Supremo, son contrarias a dicho precepto comunitario las tasas locales por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público»

La representación del Ayuntamiento presentó escrito el 22 de febrero de 2021 en el que manifiesta que: «la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2021 fundamenta la pretensión de esta parte en el presente recurso de casación, cuyo objeto es la anulación de la sentencia de apelación impugnada, y consiguiente confirmación de la validez del artículo 5.1 de la Ordenanza Fiscal nº 22 del Ayuntamiento de Pamplona (año 2014) y de la autoliquidación practicada en aplicación de dicha norma, previa interpretación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de las normas de la Unión Europea en el sentido propuesto en el escrito de interposición: El establecimiento y regulación mediante Ordenanza Fiscal de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el dominio público municipal a favor de empresas operadoras de servicios de telefonía fija e internet, de acuerdo con lo que establece el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el caso en que dichas empresas sean propietarias de las redes e infraestructuras instaladas, no se opone al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones, según ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»

Cuarto. *Votación, fallo y deliberación del recurso.*

Por providencia de fecha 25 de marzo de 2021 se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 6 de abril de 2021, fecha en que comenzó su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Objeto del presente recurso de casación.*

Como se advierte en el Auto de admisión del presente recurso de casación, fechado el 21 de junio de 2017, lo que hace la sentencia de 15 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación núm. 122/2016, es extender a la telefonía fija y a los servicios de internet las limitaciones que, para la telefonía móvil, vienen impuestas por los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, según han sido interpretados por el TJUE (Sentencia de 12 de junio de 2012, asuntos acumulados, C-55/11, C-57/11 y C-58/11 y Auto TJUE de 30 de enero de 2014, C-25/13), y así lo declara, en sus razonamientos jurídicos 9 y 10, dicho Auto de admisión.

En el primero de ellos se señala que el presente recurso de casación presenta interés casacional «habida cuenta de que no parece evidente que las consecuencias obtenidas por la Sala de instancia se deriven de la jurisprudencia del TJUE, no pudiendo descartarse su necesaria intervención a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA] mediante la cuestiones que, en su caso, este Tribunal Supremo estaría obligado a instar en virtud del artículo 267, párrafo 3º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, serie C, número 202, de 7 de junio de 2016, p. 13)».

Por su parte, en el segundo se asegura que «se hace necesaria la intervención del Tribunal Supremo para que, si lo estima procedente, se dirija al TJUE a fin de preguntarle si las limitaciones que derivan de la Directiva autorización para la potestad de los Estados miembros en orden a la imposición de tasas y cánones a las compañías que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, se extienden también a las que lo hacen en los de la telefonía fija y de los servicios de internet. Como se ve, en el litigio no está en juego tanto la interpretación del artículo 24.1.c) TRLHL como la de la Directiva autorización y el alcance de la jurisprudencia del TJUE sobre la misma».

A la vista de ello, resulta fundamental la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, en la medida en que responde a las cuestiones prejudiciales, planteadas por este Tribunal, con objeto de dilucidar si la traslación al caso enjuiciado de la jurisprudencia del TJUE interpretada por el Tribunal Supremo en diversos procedimientos relativos a la telefonía móvil, es aplicable a los operadores de servicios de telefonía fija e internet.

Segundo. *Los términos de la controversia y la posición de las partes.*

Manifiesta el Ayuntamiento de Pamplona que la interpretación de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización que realiza la sentencia recurrida lleva aparejada dejar sin efecto el artículo 24.1.c) TRLRHL. Esto es evidente, pues considera excluidos del régimen especial de cuantificación de la tasa previsto en dicho precepto, no solo los servicios de telefonía móvil, sino también los de telefonía fija e internet. Esta tesis supone ampliar, a todos los operadores y servicios de telecomunicaciones, el ámbito de exclusión que el artículo 24.1.c) del TRLRHL limita a los servicios de telefonía móvil, y ello con independencia de si los operadores disponen o no de red propia y de la ocupación efectiva que puedan hacer del dominio público.

Asegura que ese pronunciamiento es opuesto a la doctrina legal fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2007 (recurso de casación en interés de la ley 26/2006) y que, además, contradice la interpretación y aplicación del artículo 13 de la Directiva autorización realizada por el Tribunal Supremo en relación con la exigibilidad y validez de la tasa municipal por ocupación o aprovechamiento del dominio público, que se refiere, única y exclusivamente, a los operadores de telefonía móvil que ostentan derechos de acceso o interconexión a las redes o instalaciones de otros operadores (entre otras muchas, las sentencias de 10 y 15 de octubre de 2012, 18 de enero, 1 de marzo y 27 de septiembre de 2013, y 10 de noviembre de 2014).

Por otra parte, la sentencia recurrida se opone a la sentencia de 17 de noviembre de 2016 (rec. cas. 196/2015) relativa a la responsabilidad patrimonial del legislador, que declara lo siguiente:

«(..) contrariamente a lo pretendido por la parte demandante, no puede afirmarse que exista en ninguna de estas sentencias, ni en las del Tribunal Supremo que se acaban de citar, ni en la del TJUE de 12 de julio de 2012, una declaración explícita de que el derecho estatal a que se contrae el título de imputación que plantea la actora, esto es, el TRLRHL, sea contrario al Derecho de la Unión Europea. La anulación se circunscribió en todo caso a ordenanzas, y no se planteó ni declaró la inaplicabilidad del derecho estatal, concretamente del citado TRLRHL».

«(..) ni en las cuestiones prejudiciales, ni en la sentencia de 12 de julio de 2012 en que el TJUE que las resolvió, ni, en fin, en las sentencias dictadas por esta Sala tras la contestación a la cuestión prejudicial, se hace declaración alguna de infracción del derecho de la UE por parte del TRLRHL».

(...)

«cuando la demandante atribuye al TRLRHL la infracción del derecho de la Unión Europea, por no adoptar la prevención de una exclusión explícita como la que se acaba de explicar, se pretende obviar que el ordenamiento jurídico español contiene en la Ley General de Telecomunicaciones una serie de normas que son la transposición de la Directiva 2002/20 y las demás del denominado paquete Telecom, en las que se aborda concretamente el canon que puede autorizarse al amparo del art. 13 de la Directiva 2002/20. Y la regulación que en dicho texto legal se contiene no suscita ninguna duda, ni siquiera a la actora, acerca de su conformidad con el derecho de la UE. También estas normas legales forman parte del marco legal que habilita a los Ayuntamientos para acordar la imposición en el ámbito de las tasas por ocupación del dominio público local, en tanto que afecten a los servicios de telecomunicaciones, vinculando en consecuencia a aquellas entidades locales».

(...)

«En conclusión, no existe infracción del Derecho de la Unión Europea en los términos que sostiene la demanda. La regulación conjunta de la LGT, junto con el TRLRHL, era el marco normativo a que debían sujetarse las entidades locales para imponer cánones o tasas por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma (artículo 13 de la Directiva 2002/20).

Las ordenanzas fiscales que se aprobaran por las entidades locales debían respetar no sólo el TRLRHL sino también sujetarse a los términos autorizados por el art. 49 de la LGT, y de la aplicación conjunta de ambas normas, es claro que sólo podrían gravarse con una tasa municipal los derechos de instalación de recursos en el dominio público local, o por debajo o por encima de la misma".

Sostiene que, mientras no se plantee una concreta cuestión al TJUE sobre el asunto debatido en el presente recurso de casación, habrá que considerar, en consonancia con la recién citada sentencia del Tribunal Supremo, que la exigencia legal de la tasa a los citados operadores, aplicando el régimen especial de cuantificación previsto en el artículo 24.1 c) TRLRHL, no se opone a los principios de proporcionalidad y justificación objetiva en la determinación de la tasa, ni impide la consecución de los objetivos que marca la normativa sectorial (artículo 71 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones).

Añade que la ocupación del dominio público, y su mayor o menor intensidad, es el factor que diferencia radicalmente las redes e infraestructuras de telefonía móvil, por un lado, y las de telefonía fija e internet, por otro. La telefonía móvil no precisa desplegar canalizaciones y cableado por el subsuelo de los municipios, dado que para la conexión de sus elementos de red recurre al alquiler de circuitos de la red de telefonía fija y a la comunicación inalámbrica mediante radioenlaces.

Afirma que esta circunstancia de uso residual del subsuelo del dominio público por parte de las redes de telefonía móvil explica que no quepa trasladar a los operadores titulares de redes de telefonía fija e internet los pronunciamientos que la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, ciñe a las características de la telefonía móvil y al del aprovechamiento del dominio público, de mínima intensidad, que supone.

Advierte que, como declaraba la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2007, recurso de casación en interés de ley núm. 26/2006, un criterio interpretativo como el adoptado por la sentencia objeto de este recurso de casación, en orden a la aplicación de la tasa cuestionada (en el presente caso, a todos los operadores de telecomunicaciones, hagan o no una ocupación efectiva del dominio público), «puede tener una trascendencia considerable en el interés público que representa la legítima recaudación del ente local en orden a la suficiencia financiera que reconoce la propia Constitución».

Finaliza señalando, en su escrito de interposición del presente recurso, el Ayuntamiento de Pamplona que el referido criterio incide en una norma básica como es el TRLRHL, dictada al amparo del artículo 149.1.18.a) de la Constitución.

Posteriormente, tras darle traslado de la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, sostiene que sus tesis son confirmadas por la misma y, además, que dicha sentencia trasciende al caso de la Ordenanza fiscal de Pamplona, puesto que de la doctrina que contiene puede concluirse que la legislación española reguladora de la tasa del 1,5 %, aplicada a los operadores de telefonía fija e internet propietarios de redes e infraestructura, no se opone a las Directivas sectoriales de telecomunicaciones.

Insiste en la idea de que es evidente que no son equivalentes la tasa que examina el TJUE en su sentencia de 12 de julio de 2012 y la que analiza en su sentencia de 27 de enero de 2021.

La denominada tasa del 1,5 % por ocupación del dominio público local, tiene una naturaleza especial que la distingue de la tasa general, prevista también, por ocupación del dominio público, pero, y eso es lo más importante ahora, se diferencia de la tasa exigida a los operadores de telefonía móvil que- dada la tecnología que requiere este servicio - no hacen un uso material del dominio público.

ORANGE, por su parte, asegura en su escrito de oposición que es evidente que el recurso del Ayuntamiento de Pamplona debe de ser desestimado toda vez que (i) la jurisprudencia comunitaria (sentencia de Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012 y el Auto del mismo Tribunal de 30 de enero de 2014) es plenamente aplicable al caso y (ii) la sentencia dictada por el TSJN aplica rigurosamente la normativa comunitaria y la interpretación de la misma efectuada por el TJUE y por el TS.

Apunta que la Directiva autorización no distingue los operadores de servicios de telefonía móvil de los de telefonía fija y, por lo tanto, es evidente que dicha jurisprudencia es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, no habiendo infringido la sentencia recurrida la jurisprudencia del TS.

A mayor abundamiento, subraya que la propia Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que traspone al ordenamiento jurídico español, entre otras, la mencionada Directiva de autorización, cuando habla en su artículo 1 de su ámbito de aplicación se refiere a las comunicaciones electrónicas en general incluyendo en este concepto, tanto las comunicaciones fijas como móviles e internet.

Pone de manifiesto que la sentencia dictada por el TSJN recurrida, no aplica únicamente la jurisprudencia comunitaria, sino la jurisprudencia emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012 (rec. cas. 1085/2010).

Recuerda, en ese sentido, que la STJUE de 12 de julio de 2012 no se pronunció sobre el método de cálculo, por cuanto la cuestión prejudicial relativa a este punto, quedó imprejuzgada, a la vista de las respuestas dadas a la primera y segunda cuestión. No obstante, el TS, apoyándose en las conclusiones de la Abogada General, Sra. Sharpston, presentadas el 22 de marzo de 2012, expuso los requisitos que tenían que cumplir los métodos de cálculos aplicados a las empresas de telefonía móvil, declarando que:

«La Abogada General sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso", conclusión que es compartida por el Tribunal Supremo, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia "lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el Municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio"».

Cree necesario realizar una breve aclaración sobre el concepto "recursos" contenido en la Directiva autorización, afirmando al respecto que dicho término hace referencia a los recursos instalados por los operadores, esto es, todos los elementos de red, y no al dominio público local.

Para ir finalizando, sostiene que, sin perjuicio de que el TS haya determinado que el presente recurso de casación está circunscrito a la interpretación de la Directiva autorización y al alcance de la jurisprudencia del TJUE sobre la misma, estima conveniente insistir, a la vista de las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento de Pamplona, en la "correcta inaplicación" del artículo 24 TRLRHL llevada a cabo por la sentencia recurrida, puesto que no hace otra cosa que aplicar la jurisprudencia del TS en relación con los límites de los métodos de cálculo aplicados a la telefonía móvil, que es plenamente trasladable a los operadores de telefonía fija, a partir de lo dispuesto en la Directiva autorización y de la interpretación de la misma llevada a cabo por el TJUE.

Más tarde, una vez que se le dio traslado de la STJUE de 21 de enero de 2021, ORANGE, formuló las siguientes alegaciones:

Por un lado, reconoció que es correcta la motivación de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, siendo atinada la conclusión interpretativa que se encuentra en los apartados 21 a 31 de la sentencia, que enteramente comparte. Por lo tanto, ha de concluirse que, en oposición a la tesis mantenida por el Ayuntamiento de Pamplona en este recurso de casación, su Ordenanza fiscal nº 22/2014 resulta sometida a los requerimientos que derivan de la Directiva autorización también en cuanto grava a las compañías prestadoras de servicios de telefonía fija y de Internet.

En cambio, por otro lado, discrepa abiertamente de la respuesta dada a la segunda cuestión prejudicial por la sentencia, dividiendo su exposición en cuatro apartados: a) Su incongruencia y su estructura; b) La interpretación del Derecho de la Unión Europea por la sentencia Orange España; c) La errónea exégesis del Derecho español contenida en la sentencia Orange España y d) La sentencia del TJUE Orange España como overruling de su propia doctrina, que vacía de contenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en seguimiento de la misma.

La conclusión a la que llega es que el criterio fijado por el TJUE «(i) contradice la interpretación que los tribunales españoles, con el Tribunal Supremo a la cabeza, vienen realizando de las tasas locales aprobadas con la cobertura del artículo 20.1.A) TRLHL [artículo 100.2.A) de la Ley Foral 2/1995]; (ii) se separa del criterio sentado por él mismo en la sentencia Vodafone España y France Telecom España, que omite en su motivación (tan sólo la cita en la descripción del litigio principal, como sentencia alegada por el Ayuntamiento de Pamplona en fundamento de su pretensión casacional), y (iii) deja fuera de juego a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en su aplicación, que ha estimado recursos instados por las compañías de telefonía móvil contra ordenanzas fiscales que les exigían tasas en cuanto usaban los recursos ajenos instalados en el dominio público local, pero que ha considerado correcto el sometimiento a dichas tasas de las compañías propietarias de los mismos (abstracción hecha de su juicio sobre la conformidad a Derecho del método de cálculo de la tasa)».

Manifiesta que en esta tesitura se le abre a esta Sala del Tribunal Supremo una doble vía: «(i) bien se dirige de nuevo al TJUE para que le aclare definitivamente la cuestión, (ii) bien la resuelve directamente acudiendo a los criterios interpretativos sentados por el TJUE en su jurisprudencia, considerando que concurren los requisitos suficientes para apreciar que nos encontramos ante un supuesto de "acto aclarado", en el sentido de la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, CILFIT (C-283/81, EU:C:1982:335)». Descarta la primera opción, «por razones de efectividad en la tutela judicial que las partes reclaman en este recurso de casación y con el fin que el Tribunal Supremo se pronuncie cuanto antes» pues «tiene a su disposición todos los elementos de

hecho y de Derecho (internos y comunitarios) para dar respuesta a la cuestión con interés casacional objetivo que justificó la admisión de este recurso de casación (ius constitutionis) y satisfacer las pretensiones de los contendientes en el recurso (ius litigatoris)».

Tercero. *El criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional.*

Señala la STJUE (Sala Octava) de 18 de julio de 2013, Vodafone Omnitel y otros, C C-228/12, y otros (C-228/12 a C-232/12 y C-254/12 a C-258/12, EU:C:2013:495) que «el marco jurídico que garantiza la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecido por la Directiva de autorización, carecería de eficacia si los Estados miembros pudieran determinar libremente las cargas fiscales que deben soportar las empresas del sector» (apartado 36).

En el presente fundamento desarrollaremos los argumentos que nos conducen a fijar criterio sobre la cuestión con interés casacional, partiendo de la base de lo declarado en la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18. A tal fin, dividiremos nuestra exposición en 4 apartados.

A) El diferente marco jurídico, por un lado, de la STJUE (Sala Cuarta) de 12 de junio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (C-55/11 , C-5711 y C-58/11 , EU:C:2012:446) y del Auto TJUE (Sala Octava) de 30 de enero de 2014, France Telecom España (C-25/13 no publicado, EU:C:2014:58), y, por otro, de la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18 .

La lectura de la STJUE de 12 de junio de 2012 y del ATJUE de 30 de febrero de 2014 permite sostener que tienen en común, por un lado, el Derecho de la Unión aplicable, cual es la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a partir de ahora «Directiva autorización» (DO L 108, p. 21), y la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas en lo sucesivo, «Directiva marco» (DO L 108, p. 33); y, por otro, el Derecho español aplicable, cual es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2003) y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE nº 59, de 9 de marzo de 2004).

En cambio, la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18 coincide con ambas resoluciones en cuanto al Derecho de la Unión aplicable, pero difiere en el Derecho español aplicable en tanto en cuanto no menciona la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2003), ni la Ley que la sustituye, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE nº 114, de 10 de mayo de 2014). Contrariamente, aunque se aborda un problema distinto, esta Ley constituye el marco jurídico de referencia para la STJUE (Sala Octava) de 6 de octubre de 2020, Vodafone España, C-443/19. Hubiera sido adecuado, incluir también las oportunas referencias a dicha regulación general española sobre telecomunicaciones, en la sentencia de 27 de enero de 2021, para dibujar mejor el campo de juego del artículo 13 de la Directiva autorización. No ha recorrido el Tribunal de Justicia esa senda y, por tanto, nosotros tampoco iremos por ese camino.

Advierte la Exposición de Motivos de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones que, entre sus objetivos, se halla «el establecimiento de una serie de criterios que guíen la actuación en la imposición de tasas que afecten a los servicios de telecomunicaciones»; distinguiendo, a tal fin, entre (i) aquellas tasas que respondan a la necesidad de compensar actuaciones administrativas, donde la cuantía se fijará en función de su coste, y (ii) aquellas otras impuestas sobre el uso de recursos asociados, como el dominio público, las frecuencias o la numeración. Además, subraya que como principios básicos de tales exacciones «se establecen la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva».

En ese sentido, el artículo 28 2 (normativa aplicable a la ocupación del dominio público y la propiedad privada) establece, específicamente, que será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias en tributación por ocupación del dominio público. Las tasas que regula la Ley General de Telecomunicaciones son las gestionadas por la Administración General del Estado, lo cual, como es natural, no es cuestionado en sí mismo por la Directiva autorización. Junto a esas tasas, como se sabe, pueden contemplarse otras; y de hecho eso es lo que sucede, que pueden ser gestionados por los entes locales, que han de respetar las reglas de compatibilidad/incompatibilidad que resultan procedentes.

El artículo 43 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 establece que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponde al Estado; especificando que la ocupación del aspecto radioeléctrico está gravada por una tasa estatal, cual es la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, prevista en el apartado 3 del Anexo I de dicha Ley.

Por su parte, su artículo 49, recoge los "principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones", concretando que las tasas en materia de telecomunicaciones gestionadas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos serán las recogidas en el anexo I de la propia ley.

Los grupos de tasas en materia de telecomunicaciones recogidas en dicho anexo son los cuatro siguientes: (i) tasa general de operadores; (ii) tasas por numeración telefónica; (iii) tasa por reserva del dominio público radioeléctrico; y (iv) y tasas de telecomunicaciones.

No está de más recordar una cuestión técnica, cual es que «la información puede transmitirse utilizando tecnología inalámbrica o mediante un dispositivo de transmisión como un cable. Las ondas de radio y la fibra óptica son distintos tipos de medios. Los operadores de telefonía móvil usan principalmente las ondas de radio como medio, mientras que los operadores de telefonía fija se sirven preferentemente de cables y otros medios físicos» (apartado 40 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston presentadas el 22 de marzo en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11). Esto es, en un caso se utiliza preferentemente el dominio público radioeléctrico, mientras que, en el caso presente, como se verá después, se utiliza el dominio público local.

B) Respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos Vodafone España y France Telecom España, C-55/11, C-57/11 y C-58/11 y France Telecom España C-25/13.

Los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, por este Tribunal Supremo, mediante resoluciones de 28 y 29 de octubre y 3 de noviembre de 2010, que se concretan en tres preguntas.

La primera consiste en responder «¿El artículo 13 de la Directiva [autorización] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?»

La segunda, para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva autorización de las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida, tiene el siguiente tenor: «¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?»

Y, por último, los términos de la tercera son: ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva [autorización] efecto directo?»

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) declara en su sentencia de 12 de junio de 2012:

Que el artículo 13 de la Directiva autorización): en primer lugar, «debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil»; y, en segundo lugar, que «tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo».

No respondió a la segunda pregunta que formulamos, como puede comprobarse.

Importa señalar que el Ayuntamiento de Tudela (al que se refiere el asunto C-57/11) solicitó la reapertura de la fase oral alegando que las conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston, presentadas el 22 de marzo de 2012, se basaban en premisas erróneas, petición que fue desestimada por el Tribunal de Justicia por considerar que disponía de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas por esta Sala del Tribunal Supremo y que no procedía examinar el asunto a la luz de una alegación que no había sido debatida ante dicho Tribunal.

En el asunto C-25/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona, mediante resolución de 8 de enero de 2013, las cuestiones prejudiciales son dos, siendo su contenido el siguiente:

El de la primera: «Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de [comunicaciones electrónicas], en la forma que ha sido entendida por la Sentencia [Vodafone España y France Telecom España, antes citada], puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de la[s] redes de [comunicaciones electrónicas]».

El de la segunda: «Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado»

El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declaró en su auto de 30 de enero de 2014:

El Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (C-55/11, C-57/11 y C-58/11), «se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización «a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos».

C) Los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización y su interpretación por la STJUE de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18 .

Nos interesan los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37). También nos importan los Considerandos 30 a 32 de dicha Directiva en la medida en que contribuyen a desentrañar su razón de ser.

Anticipemos que el primero de los artículos establece la exigencia de tasas administrativas (en nuestra terminología, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario), mientras que el segundo se refiere a la exigencia de cánones por derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos.

Pues bien, el primero de los Considerandos establece:

«(30) Pueden imponerse tasas administrativas a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas para financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación relativas a la gestión del sistema de autorización y el otorgamiento de derechos de uso. Tales tasas deben limitarse a cubrir los gastos administrativos reales de estas actividades. A tal efecto, debe existir transparencia en lo relativo a los ingresos y gastos de las autoridades nacionales de reglamentación mediante la comunicación anual del importe total de las tasas recaudadas y los gastos administrativos soportados. De esta manera, las empresas podrán comprobar que los gastos administrativos y las tasas guardan un equilibrio entre sí».

Por su parte, el segundo de ellos declara:

(31) Los sistemas que regulen las tasas administrativas no deben distorsionar la competencia ni crear barreras a la entrada en el mercado. Con un sistema de autorización general, ya no será posible asignar los costes administrativos, y por ende las tasas, a las empresas, excepto en lo que se refiere a la autorización de derechos de uso de números, frecuencias de radio y derechos de instalar recursos. Las tasas administrativas aplicables deben ajustarse a los principios de un sistema de autorización general. Un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de tasas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios. Cuando las tasas administrativas sean muy bajas, también podrían resultar apropiadas unas tasas uniformes o bien unas tasas que combinen una base uniforme con un componente en función del volumen de negocios».

En línea con ambos Considerandos, se sitúa lo dispuesto en el artículo 12 (tasas administrativas) de la Directiva autorización, que tiene dos apartados, siendo la redacción del primero la siguiente:

«Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso: a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos».

Mientras que la redacción del segundo es ésta: Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados»

Señala la STJUE (Sala Octava) de 18 de julio de 2013, Vodafone Omnitel y otros, C C-228/12, y otros (C-228/12 a C-232/12 y C-254/12 a C-258/12, EU:C:2013:495) que el artículo 12 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una determinada norma italiana «en virtud de la cual las empresas que prestan un servicio o suministran una red de comunicaciones electrónicas han de abonar una tasa destinada a financiar la totalidad de los gastos soportados por la ANR (autoridad italiana equivalente a nuestra Comisión del Mercado de Telecomunicaciones) que no estén cubiertos por el Estado, cuyo importe se determine en función de los ingresos realizados por dichas empresas»; pero, «siempre que dicha tasa se destine exclusivamente a cubrir los gastos resultantes de las actividades mencionadas en el apartado 1, letra a), de este artículo», y «que el total de los ingresos obtenidos en virtud de dicha tasa no supere el total de los gastos correspondientes a estas actividades y que la referida tasa se reparta entre las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente» (apartado 43). Pronunciamiento que está en línea con la STJUE (Sala Séptima) de 21 de julio de 2011, Telefónica de España, C-284/10 EU:C:2011:513) y con la STJUE de

27 de junio de 2013, Vodafone Malta y Mobisle Communications, C-71/12 EU:C:2013:431, entre varias más, y, últimamente con el ATJUE (Sala Décima) de 29 de abril de 2020, BT Italia y otros C-399/19.

Por su parte, el Considerando 32 señala que: «además de las tasas administrativas, se pueden imponer cánones por el uso de radiofrecuencias y números como instrumento que garantice la utilización óptima de tales recursos. Estos cánones no deben obstaculizar el desarrollo de los servicios innovadores ni de la competencia en el mercado. La presente Directiva no afecta a los fines a los que se destinan los cánones de derecho de uso. Dichos cánones podrán utilizarse, por ejemplo, para financiar actividades de las autoridades nacionales de reglamentación que no puedan cubrirse mediante tasas administrativas. Cuando, en caso de procedimientos de selección comparativa o competitiva, los cánones por el ejercicio de derechos de uso de radiofrecuencias consistan entera o parcialmente en un importe a tanto alzado, las modalidades de pago deben asegurar que en la práctica dichos cánones no conducen a una selección sobre la base de criterios no relacionados con el objetivo de garantizar el uso óptimo de las radiofrecuencias. La Comisión Europea podrá publicar periódicamente estudios comparativos relativos a las mejores prácticas de asignación de radiofrecuencias, de asignación de números o de concesión de derechos de paso».

Con este Considerando se corresponde el artículo 13 (cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos) de la Directiva autorización, que establece que los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por: (i) los derechos de uso de radiofrecuencias, (ii) números o (iii) derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Especifica, además, que los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco.

La Directiva autorización ha sido derogada. A efectos ilustrativos, puesto que no es aplicable en la presente ocasión, es útil saber qué establece la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas que ha venido a sustituirla. Concretamente nos importan los artículos 16 y 42 y sus considerandos 53, 54, 99 y 100, que se corresponden, respectivamente, con los artículos 12 y 13 y con los Considerandos 30 a 32 de la Directiva autorización.

En el Considerando 53 se afirma primeramente que «debe ser posible imponer cargas administrativas a las empresas suministradoras de servicios de comunicaciones electrónicas para financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación o de otra autoridad competente relativas a la gestión del sistema de autorización general y el otorgamiento de derechos de uso»; precisando después que «tales tasas deben limitarse a cubrir los gastos administrativos reales de estas actividades. A tal efecto, debe existir transparencia en lo relativo a los ingresos y gastos de las autoridades nacionales de reglamentación y de las demás autoridades competentes mediante la comunicación anual del importe total de las tasas recaudadas y los gastos administrativos soportados para permitir que las empresas puedan verificar que están en equilibrio».

Por su parte, el Considerando 54 comienza señalando que «los sistemas que regulen las cargas administrativas no deben distorsionar la competencia ni crear barreras a la entrada en el mercado. Un sistema de autorización general hace imposible asignar los costes administrativos, y por ende las tasas, a las empresas, excepto en lo que se refiere a la autorización de derechos de uso de recursos de numeración, espectro radioeléctrico y derechos de instalar recursos», para después añadir que «las cargas administrativas aplicables deben ajustarse a los principios de un sistema de autorización general. Un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de cargas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios. Cuando las cargas administrativas sean muy bajas, también podrían resultar apropiadas unas tasas uniformes o bien unas tasas que combinen una base uniforme con un componente en función del volumen de negocios. En la medida en que el sistema de autorización general se hace extensivo a las empresas con unas cuotas de mercado muy pequeñas, como los proveedores de redes de alcance local, o a proveedores de servicios cuyo modelo empresarial genera unos ingresos muy limitados incluso cuando la penetración en el mercado, en términos de volúmenes, es considerable, los Estados miembros deben evaluar la posibilidad de fijar un umbral de minimis apropiado para la imposición de cargas administrativas».

Con ambos considerandos está conectado el artículo 16 (cargas administrativas) de la Directiva autorización, que tiene dos apartados, disponiendo el primero de ambos que «las cargas administrativas que se impongan a las empresas que suministren una red o un servicio de comunicaciones electrónicas o al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

a) cubrirán exclusivamente los costes administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del sistema de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el artículo 13, apartado 2, pudiendo quedar incluidos costes de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión, y

b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las tasas asociadas.

Los Estados miembros podrán renunciar a imponer cargas administrativas a empresas cuyo volumen de negocios no llegue a un determinado umbral o cuyas actividades no alcancen una determinada cuota de mercado o sean muy limitadas en su radio de acción territorial».

Siendo estos los términos del segundo de ellos: «Cuando las autoridades nacionales de reglamentación u otras autoridades competentes impongan cargas administrativas, publicarán un resumen anual de sus costes administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. Cuando haya una diferencia entre la suma total de las tasas y los costes administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados».

Por su parte, el Considerando 99 se inicia asegurando que «cuando el suministro de comunicaciones electrónicas se base en recursos públicos cuya utilización esté supeditada a una autorización específica, los Estados miembros deben poder otorgar a la autoridad competente para la concesión de aquella el derecho a imponer tasas para garantizar la utilización óptima de esos recursos, con arreglo a los procedimientos previstos en la presente Directiva», y continúa diciendo que «conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros no pueden imponer cargas ni tasas con respecto al suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en la presente Directiva. A ese respecto, los Estados miembros deben seguir un planteamiento coherente al fijar esas cargas o tasas con objeto de no crear una carga financiera indebida vinculada al procedimiento de autorización general o a los derechos de uso para los proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas».

Finalmente, en el Considerando 100 se expresa que «para garantizar una utilización óptima de los recursos, las tasas deben reflejar la situación económica y técnica del mercado de que se trate, así como cualquier otro factor significativo que determine el valor de aquellos», señalándose también que «al mismo tiempo, las tasas deben fijarse de modo que se garantice una asignación y un uso eficientes del espectro radioeléctrico. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los fines a los que se destinan las tasas de derecho de uso y de derecho a instalar recursos. Debe ser posible, por ejemplo, utilizar dichas tasas para financiar actividades de las autoridades nacionales de reglamentación y las autoridades competentes que no puedan cubrirse mediante cargas administrativas. Cuando, en caso de procedimientos de selección comparativa o competitiva, las tasas por el ejercicio de derechos de uso del espectro radioeléctrico consistan entera o parcialmente en un importe a tanto alzado, las modalidades de pago deben asegurar que en la práctica dichas tasas no conducen a una selección sobre la base de criterios no relacionados con el objetivo de garantizar el uso óptimo del espectro radioeléctrico». Y, por último, se precisa que «la Comisión Europea debe poder publicar periódicamente estudios comparativos y otras orientaciones, según convenga, relativos a las mejores prácticas de asignación del espectro radioeléctrico, de asignación de recursos de numeración o de concesión de derechos de paso».

En consonancia con esos dos últimos considerandos, el artículo 42 de (tasas por derechos de uso del espectro radioeléctrico y derechos de instalar recursos), de la Directiva autorización establece, en su apartado primero, que «los Estados miembros podrán permitir a la autoridad competente la imposición de tasas por los derechos de uso del espectro radioeléctrico o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, utilizados para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados que garanticen el uso óptimo de esos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estas tasas estén justificadas objetivamente, sean transparentes, no discriminatorias y proporcionadas al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos generales de la presente Directiva»

Mientras que en su apartado segundo se especifica, respecto a los derechos de uso del espectro radioeléctrico, que «los Estados miembros velarán por garantizar que se establezcan las tasas aplicables a un nivel que garantice una asignación y un uso eficaces del espectro radioeléctrico, por ejemplo, mediante:

- a) el establecimiento de precios de reserva como tasas mínimas de derechos de uso del espectro radioeléctrico teniendo en cuenta el valor de los derechos en sus posibles usos alternativos;
- b) teniendo en cuenta los costes que suponen las condiciones ligadas a los derechos, y
- c) aplicando en la mayor medida posible modalidades de pago vinculadas a la disponibilidad real de uso del espectro radioeléctrico».

Nos parece que la Directiva (UE) 2018/1972, con respecto a la cuestión que nos ocupa, se expresa con más claridad. Aunque ya hemos dicho que no resulta aplicable, no queremos dejar pasar la ocasión de manifestar que, si hubiera que aplicarla, el TJUE contaría con valiosos instrumentos para reforzar sus argumentos.

Pues bien, ya en el marco del recurso de casación 1636/2017 planteamos dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia; siendo la primera de este tenor:

«Si la Directiva [autorización], interpretada por el [Tribunal de Justicia] en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles y, específicamente, las limitaciones que la misma contempla en sus

artículos 12 y 13 al ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros, resultan de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet»

Inicialmente, el TJUE responde a la cuestión de si la Directiva autorización resulta aplicable a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet, y lo hace afirmativamente, acudiendo a la Directiva actualización y a la Directiva marco y lo hace, en los apartados 22 a 30, en estos términos:

«22 Del artículo 1, apartado 2, de la Directiva autorización resulta que esta se aplicará a las «autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas».

23 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva autorización estipula que, a efectos de esta, «serán de aplicación las definiciones que figuran en el artículo 2 de la Directiva [marco]».

24 Por consiguiente, para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva autorización, procede remitirse a las definiciones de los términos «redes de comunicaciones electrónicas» y «servicios de comunicaciones electrónicas» que figuran en la Directiva marco».

25 El artículo 2, letra a), de la Directiva marco define la «red de comunicaciones electrónicas» como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos de red que no son activos, que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada».

26 A tenor del artículo 2, letra c), de la Directiva marco, un «servicio de comunicaciones electrónicas» es «el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión».

Dicho eso, tras aclarar el Tribunal de Justicia que en este caso se trata de la prestación de servicios de acceso a Internet y de telefonía fija a través de redes de cable y de otros recursos técnicos, manifiesta:

«28 De las disposiciones antes mencionadas resulta que esta Directiva no distingue, al objeto de definir el concepto de «servicios de comunicaciones electrónicas», entre los servicios de telefonía fija y los servicios de telefonía móvil. Tal como constató el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, el considerando 10 de la Directiva marco indica, sin distinción alguna entre la telefonía fija y la telefonía móvil, que «la telefonía vocal y los servicios de correo electrónico están cubiertos por la presente Directiva».

29 Por lo que respecta al acceso a Internet, el artículo 2, letra a), de la Directiva marco se refiere a este expresamente y, como señaló también el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, el considerando 10 de esta Directiva precisa que el «acceso a Internet» es un servicio de comunicaciones electrónicas.

30 Así pues, ha de constatarse que los «servicios de comunicaciones electrónicas», en el sentido de la Directiva marco, son servicios que consisten en transmitir señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, ya sean estas redes fijas o móviles, y que cubren tanto servicios de telefonía, fija o móvil como servicios de acceso a Internet. Dado que el ámbito de aplicación de la Directiva autorización se determina en función de las definiciones que figuran en la Directiva marco, de lo anterior resulta que la Directiva autorización es aplicable a las autorizaciones de suministro tanto de redes como de servicios de acceso a Internet y de telefonía fija».

Esto lleva al TJUE a declarar que la Directiva autorización, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, «debe interpretarse en el sentido de que es aplicable también a las empresas que prestan servicios de telefonía fija y de acceso a Internet».

El texto de la segunda cuestión prejudicial, que está condicionado a la respuesta positiva a la primera cuestión, es el siguiente: si sus artículos 12 y 13 «permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa -propietaria de los recursos instalados con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente».

Como se ha visto, la primera cuestión prejudicial ha sido respondida afirmativamente por el Tribunal de Justicia, lo cual lo habilita para responder a la segunda cuestión.

Los dos artículos de la Directiva de autorización mencionados, según se ha podido comprobar en los párrafos anteriores, se refieren a materias diferentes, de ahí que sean abordados de manera separada.

En ese sentido, señala el Tribunal de Justicia que el artículo 2, párrafo primero, de la Ordenanza fiscal n.º 22/2014 de Pamplona establece que «constituye el hecho imponible, la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, en suelo, vuelo y subsuelo, con tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido, telefonía fija, telefonía móvil y otros servicios de comunicación electrónica [...]». Además, añade, a tenor del artículo 4, apartado 3, de dicha Ordenanza, que tanto los titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como los titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas, que no sean operadores de telefonía móvil, serán sujetos pasivos de la mencionada tasa (apartado 40). Finalmente, concluye que la tasa por aprovechamiento del dominio público no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo, al no tener por objeto cubrir los gastos administrativos globales relativos a las actividades de la autoridad nacional de reglamentación. Por lo tanto, no puede calificarse de «tasa administrativa» en el sentido del mencionado artículo (apartado 41).

El razonamiento que ha conducido a dicha conclusión ha sido el desarrollado en los apartados 33 a 37, que reproducimos seguidamente:

33 En virtud de su artículo 1, apartado 2, la Directiva autorización se aplica a las autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (véase la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 25).

34 La Directiva autorización establece no solo normas relativas a los procedimientos de concesión de autorizaciones generales o de derechos de uso de radiofrecuencias o de números y al contenido de tales autorizaciones, sino también normas relativas a la naturaleza, e incluso a la magnitud, de las cargas pecuniarias relacionadas con dichos procedimientos que los Estados miembros pueden imponer a las empresas en el sector de los servicios de comunicaciones electrónicas (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Belgacom y Mobistar, C-256/13 y C-264/13, EU:C:2014:2149, apartado 29; de 6 de octubre de 2015, Base Company, C-346/13, EU:C:2015:649, apartado 15, y de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 26).

35 Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir tasas o cánones sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 27 y jurisprudencia citada).

36 De lo anterior se deduce que, para que las disposiciones de la Directiva autorización sean aplicables a un gravamen como el controvertido en el litigio principal, su hecho imponible debe estar vinculado al procedimiento de autorización general, que otorga, según el artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva, derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 28 y jurisprudencia citada).

37 A este respecto, ha de recordarse que las tasas administrativas que los Estados miembros pueden imponer, con arreglo al artículo 12 de la Directiva autorización, a las empresas que suministren redes o servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso, para financiar las actividades de una autoridad nacional de reglamentación, deben dedicarse exclusivamente a cubrir los gastos administrativos globales relativos a las actividades mencionadas en el artículo 12, apartado 1, letra a), de la referida Directiva (sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser, C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44, apartado 64).

Con respecto a la interpretación del artículo 13 de la Directiva autorización, tras señalar, en su apartado 38, que el propio Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicho artículo «no se refiere a todos los cánones a los que están sujetas las infraestructuras que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Belgacom y Mobistar, C-256/13 y C-264/13, EU:C:2014:2149, apartado 34, y de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 30 y jurisprudencia citada)», concluye en su apartado 51 que la tasa prevista en la Ordenanza fiscal n.º 22/2014 del Ayuntamiento de Pamplona no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho precepto.

En este caso, tras recordar, en su apartado 43, que los términos «recursos» e «instalación», empleados en el artículo 13 de la Directiva autorización, «se refieren, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate (sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 34 y jurisprudencia citada)», y, asimismo, tras recoger, en sus apartados 45 y 46, el contenido de la citada Ordenanza

fiscal n.º 22/2014 relativo al hecho imponible y al sujeto pasivo, el Tribunal de Justicia desarrolla su razonamiento de esta manera:

«47 (...) el ámbito de aplicación de la tasa por aprovechamiento del dominio público no se limita únicamente a los operadores que suministran redes o servicios de comunicaciones electrónicas o a quienes disfrutan de los derechos previstos en el artículo 13 de la Directiva autorización, extremo que, no obstante, corresponderá comprobar al tribunal remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Belgacom y Mobistar, C-256/13 y C-264/13, EU:C:2014:2149, apartado 36).

48 Además, la Ordenanza fiscal n.º 22/2014 no prevé en modo alguno que, respecto a la utilización privativa o el aprovechamiento especial de elementos del dominio público mediante diferentes infraestructuras, sea necesario determinar a tal efecto la persona física o jurídica que haya instalado las infraestructuras, como resulta necesariamente del artículo 13 de la Directiva autorización.

49 Así pues, no puede considerarse que la tasa por aprovechamiento del dominio público, impuesta por la Ordenanza fiscal citada, se aplique a las empresas que suministran redes y servicios de comunicaciones electrónicas como contrapartida al derecho de instalar recursos (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Proximus, C-517/13, EU:C:2015:820, apartado 35)».

El Abogado General, Sr. Tanchev, ya había avanzado, en el apartado 52 de sus Conclusiones, presentadas el 16 de julio de 2020, que la tasa que nos ocupa no es semejante a la analizada por el TJUE en su sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser, C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44. Ésta, que si se consideró incluida en el ámbito del artículo 13 de la Directiva autorización, se imponía a los suministradores de redes de comunicaciones electrónicas como contraprestación por el derecho a instalar cables en o sobre suelo público para una red pública de comunicaciones electrónicas.

«50 Por consiguiente, el hecho imponible de la tasa por aprovechamiento del dominio público, al estar vinculado, conforme a la referida Ordenanza fiscal, a la concesión del derecho a utilizar los recursos instalados en el suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local, no depende del derecho de instalar tales recursos en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, recordado en el apartado 43 de la presente sentencia».

Todo lo cual lleva al Tribunal de Justicia a responder a la segunda cuestión prejudicial, que los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización en su versión modificada por la Directiva 2009/140, «deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que impone, a las empresas propietarias de infraestructuras o de redes necesarias para las comunicaciones electrónicas y que utilicen estas para prestar servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, una tasa cuyo importe se determina exclusivamente en función de los ingresos brutos obtenidos anualmente por estas empresas en el territorio del Estado miembro de que se trate».

No se pronuncia, directamente, el Tribunal de Justicia, sobre si la cuantificación de dicha tasa es compatible con el artículo 13 de la Directiva autorización. No lo hace porque, como ya advirtiera el Abogado General Sr. Tanchev, en los apartados 55 y 56 de sus Conclusiones, no es preciso hacerlo.

Finalizamos señalando que sorprende, como habrá podido constatarse, que, en los razonamientos de la sentencia de 27 de enero de 2021 del Tribunal de Justicia, no aparezca la sentencia de 12 de junio de 2012 cuando, precisamente, la cuestión prejudicial surge porque en el asunto principal que enjuicia el órgano judicial remitente, lo que se debate es la extensión de los criterios fijados en ésta última al asunto abordado en aquella.

D) Conexión de la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-764/18 con la cuestión con interés casacional del presente recurso de casación.

Realmente, el fondo del debate no ha sido equipar o contraponer el servicio de telefonía móvil y los servicios de telefonía fija e internet. Ha consistido más bien en diferenciar el presupuesto de hecho de las tasas cuestionadas: por un lado, el analizado por la STJUE de 2012, relativo al uso de recursos de telecomunicaciones por operadores de telefonía móvil que no son propietarios de los mismos; y, por otro, el analizado por la STJUE de 21 de enero de 2021, el referido a la ocupación del dominio público municipal por los operadores de servicios de telefonía fija e internet.

La sentencia del TJUE de 27 de enero de 2021 ha considerado, por un lado, que la Directiva autorización sí se aplica a las empresas que prestan servicios de telefonía fija e internet, pero también ha manifestado, por otra parte, que sus artículos 12 y 13 no se oponen a una normativa nacional que impone, a las empresas propietarias de infraestructuras o de redes necesarias para prestar tales servicios, una tasa como la que nos ocupa. Nada ha dicho, de manera expresa, porque no se le preguntó, acerca de la conformidad al Derecho europeo de esa tasa cuando se exige a los prestadores de tales servicios que no son los propietarios de las infraestructuras o de redes necesarias.

Ello, no obstante, la lectura de diversos apartados (40, 45, 46 47 y 48) de dicha sentencia, conduce a estimar que, desde la óptica que nos ocupa, ningún reproche jurídico le merece al Tribunal de Justicia tal posibilidad.

Lo dispuesto en la Ordenanza de Pamplona es reflejo de lo previsto en los artículos 20 y 23 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las Ley de Haciendas Locales y 100 104 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, relativos, respectivamente, al hecho imponible y al sujeto pasivo.

Las entidades locales podrán establecer tasas por (i) la utilización privativa o (ii) el aprovechamiento especial del dominio público local. Serán sujetos pasivos, a título de contribuyentes quienes disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular. Ello también es así en el caso que nos ocupa, puesto que la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2021 ha considerado que la tasa que analizamos está extramuros de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización.

Como se recordará, en el auto de admisión del presente recurso de casación se decía que en este litigio no está en juego tanto la interpretación del artículo 24.1.c) TRLHL (y, por extensión el artículo 105.1.c) de LFHL como la de la Directiva autorización y el alcance de la jurisprudencia del TJUE sobre la misma. En dichos artículos se contiene la regla para cuantificar el importe de las tasas por (i) la utilización privativa o (ii) el aprovechamiento especial del dominio público local, más exactamente, la regla especial que resulta aplicable esta vez, que reproducimos parcialmente:

«Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

A estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de estos.

No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.

Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas (...)

Puede apreciarse, por tanto, que esta regla especial no se aplica a los servicios de telefonía móvil, pero sí rige para los servicios de telefonía fija e internet.

Por otro lado, ya se ha dicho unas líneas antes, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre la cuantificación de la tasa que nos viene ocupando y, por tanto, específicamente, sobre esta regla especial de cuantificación. Ello tiene una fácil explicación, los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización no se oponen a la tasa que nos ocupa: luego, si esta tasa no se opone al Derecho europeo, no es preciso proceder a su examen desde la perspectiva que ha dado a lugar al conflicto y, por tanto, no hay tacha que oponer a dicha cuantificación. Por ello, el debate sobre cuantificación no es una cuestión de ajuste al derecho europeo, será, en su caso, una cuestión de ajuste al derecho interno. No siendo procedente el primero de los enfoques, como ya hemos dicho y, verdaderamente, no habiéndose planteado el recurso desde el segundo enfoque, no procede que hagamos ningún pronunciamiento desfavorable al respecto.

A vista de todo lo dicho, fijamos la siguiente doctrina en el presente recurso de casación:

Las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), tal como han sido interpretados por la STJUE (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si éstas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Cuarto. *Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.*

El Ayuntamiento de Pamplona solicita que casemos y anulemos la sentencia de apelación recurrida, confirmando, por tanto, la validez del artículo 5.1 de la Ordenanza Fiscal nº 22 del Ayuntamiento de Pamplona (año 2014) y de la resolución municipal de 6 de febrero de 2015.

Por el contrario, ORANGE considera que procede que el Tribunal Supremo dicte sentencia fijando los siguientes criterios interpretativos:

(i) La Directiva autorización y la acotación de la potestad tributaria de los Estados miembros que se contiene en su artículo 13 son aplicables a los servicios de telefonía móvil y de Internet.

(ii) Conforme a la jurisprudencia del TJUE y del propio Tribunal Supremo, son contrarias a dicho precepto comunitario las tasas locales por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local cuyo hecho imponible es la instalación de redes para suministrar los referidos servicios de comunicaciones electrónicas que se calculan sobre un porcentaje de los ingresos brutos obtenidos por el sujeto pasivo anualmente en el término municipal.

Y como consecuencia, solicita la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Pamplona, confirmando la impugnada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Pues bien, por todo lo expuesto en los fundamentos precedentes, procede declarar haber lugar al recurso de casación, lo cual nos pone en el lugar del tribunal de instancia de cara al enjuiciamiento del recurso de apelación núm. 122/2016 interpuesto por ORANGE contra la sentencia núm. 267/2015, de 4 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Pamplona en autos del recurso contencioso-administrativo núm. 292/2014.

En esa posición, en consonancia con los precedentes razonamientos, procede desestimar dicho recurso de apelación, lo que entraña declarar conforme a derecho la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona y, por ende, confirmar los actos recurridos y la Ordenanza nº. 22 del Ayuntamiento de Pamplona.

Quinto. Pronunciamiento sobre costas.

No procede declaración expresa de condena en costas ni en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación ni en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2º Haber lugar al recurso de casación número 1636/2017, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, representado por la procuradora doña Ana Lázaro Gogorza, contra la sentencia de 15 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación núm. 122/2016, que se casa y anula.

3º Desestimar el recurso de apelación núm. 122/2016 interpuesto por ORANGE ESPAGNE S.A.U. contra la sentencia núm. 267/2015, de 4 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Pamplona en autos del recurso contencioso-administrativo núm. 292/2014 y, por tanto, confirmar esta última, así como los actos recurridos y la Ordenanza nº. 22 del Ayuntamiento de Pamplona.

4º No formular pronunciamiento sobre imposición de las costas del recurso de casación, ni en las de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.