

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena C/ General Castaños, 1 , Planta 1 -
28004
33010280
NIG: 28.079.00.3-2015/0005917



(01) 30860274529

Recurso de Apelación 329/2016

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Recurrido:
PROCURADOR D./Dña

SENTENCIA Nº 121

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D.

Magistrados:

D^a.

D.

D^a.

D.

En la Villa de Madrid, a veinte de febrero de dos mil diecisiete.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotadas al margen, el recurso de apelación que con el número 329/2.016 ante la misma pende de resolución interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN, representado y asistida del Letrado Consistorial, contra la Sentencia nº 3/2.016 de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 132/2015.

Siendo parte apelada., representada por el Procurador de los Tribunales D. y defendida por la Letrada Doña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, dictó la Sentencia nº 3/2.016 de fecha 11 de enero de 2016, en el Procedimiento Ordinario nº 132/2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debo ESTIMAR y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Sociedad Unipersonal, representada por el procurador DON, contra la resolución dictada en 21-1-2015 por el Tribunal Económico-Administrativo del AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON por la que se desestima la Reclamación Económico-administrativa presentada contra la Resolución dictada el 8 de junio de 2014 por el Órgano de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por medio de la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación relativa a la Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de recursos de suministros, correspondiente al primer trimestre del ejercicio de 2014; Declaro no conformes a Derecho u anulo las resoluciones recurridas. Con expresa imposición de costas a la parte recurrida en la forma expuesta en el fundamento de derecho SÉPTIMO».

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia, por el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN, representado y asistida del Letrado Consistorial se interpuso recurso de apelación, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

TERCERO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día dieciséis de febrero de dos mil diecisiete en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, y en particular las previsiones de los artículos 80.3ª y 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ha sido Ponente la Ilma. **Sra. Dª**, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia nº 3/2.016 de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 132/2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debo ESTIMAR y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Sociedad Unipersonal, representada por el procurador DON, contra la resolución dictada en 21-1-2015 por el Tribunal Económico-Administrativo del AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON por la que se desestima la Reclamación Económico-administrativa presentada contra la Resolución dictada el 8 de junio de 2014 por el Órgano de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por medio de la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación relativa a la Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de recursos de suministros, correspondiente al primer trimestre del ejercicio de 2014; Declaro no conformes a Derecho y anulo las resoluciones recurridas. Con expresa imposición de costas a la parte recurrida en la forma expuesta en el fundamento de derecho SÉPTIMO».

El Procedimiento Ordinario nº 132/2015, tenía por objeto, a su vez, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de 29 de enero de 2015, por la que se desestimó la Reclamación Económica-Administrativo presentada por la mercantil, contra la Resolución de 6 de junio de 2014 del Órgano de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación relativa a la "Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro", correspondiente al primer trimestre del ejercicio 2014 por importe de euros (liquidación nº).

SEGUNDO.- El AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN, representado y asistido del Letrado Consistorial fundamenta recurso de apelación en tres apartados.

En el primer apartado aduce que en la Sentencia se da por acreditado un hecho totalmente determinante para la Resolución final pero que es ajeno totalmente a todo sometimiento probatorio.

Aduce que no cabe pretender la extensión de los efectos de la sentencia del TJUE en los términos del auto de 30-1-2014 a un supuesto en el que no consta en ningún momento y ni siquiera se ha intentado probar por la actora la utilización exclusiva de redes ajenas.

Manifiesta que partiendo de la línea argumental esgrimida en la Sentencia ahora apelada y que ha servido de base al pronunciamiento estimatorio del recurso contencioso-administrativo del que dimana el presente procedimiento, en primer lugar el juzgador de instancia esgrime que la tasa es contraria a derecho comunitario y citando la directiva 97/13/CE, Directiva 2002/20CE, así como la Sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para argumentar que el establecimiento de gravámenes únicamente a aquellas compañías de telecomunicaciones titulares de las instalaciones resulta plenamente aplicable a la telefonía fija; asimismo, señala que la liquidación recurrida debe ser declarada contraria a Derecho comunitario, por establecer un gravamen a una compañía de telefonía sin tener en cuenta la titularidad de la red y cuya cuantificación no responde al uso óptimo; y por todo ello se concluye que los artículos 2, 3 y 4 de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros coincide en todos sus términos con los textos normativos anulados por el Tribunal Supremo en sucesivas Sentencias en doctrina que, si bien referida a la telefonía móvil es extrapolable a cualquier operadora de servicios de telecomunicaciones, entre ellas la telefonía fija.

Expone que en definitiva, el argumento principal en que descansa la pretensión de la actora y acogida por el juzgador de instancia tan sólo es la improcedencia de la tasa exigida por aplicación analógica y extensiva al caso concreto que nos ocupa de los efectos de la Sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recogida por el Auto de 30-1-2014 de ese mismo organismo.

Destaca que es ahí donde radica el motivo esencial del recurso, tras una extensa transcripción de la doctrina dimanante de los pronunciamientos citados de la Justicia Comunitaria y su recepción por nuestro Tribunal Supremo, la Sentencia apelada acaba realizando la afirmación anteriormente citada, ayuna de

toda base probatoria, en la que pretende subsumir toda la doctrina comunitaria al supuesto de hecho concreto que nos ocupa.

El recurrente se pregunta en base a qué pruebas, documentos, informes que pudieran haber sido aportados por la actora o que constaran en el expediente administrativo, o que siquiera hubieran sido tan solo mencionados por aquélla en sus sucesivos recursos en vía administrativa y ahora en la demanda, han podido permitir al juzgador de instancia llegar a la conclusión de que Orange no tiene ni es titular de redes, recursos o infraestructuras propias en este término municipal que le faciliten la ocupación del vuelo, suelo o subsuelo del dominio público local.

En opinión del recurrente el juzgador de instancia está dando por supuesto un hecho del que depende toda la decisión final del procedimiento, que Orange no es titular de redes o recursos propios, sin que dicho extremo conste probado en el expediente y sin haya sido en momento alguno acreditado, ni siquiera intentado acreditar por la actora a lo largo de las actuaciones, no ya judiciales sino desde la misma vía administrativa, consideración advertida en el escrito de contestación a la demanda presentado por la parte (página 15).

El segundo apartado lo destina a tratar sobre la incidencia en la Tasa por Explotación del Servicio de Telefonía de la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012.

En el sentir del recurrente sólo los operadores de telefonía móvil, y por extensión en la prestación de servicios de telecomunicaciones distintas como la telefonía fija, no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal, si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros, todo lo cual reduce el asunto a una cuestión meramente de prueba de que los operadores en cuestión posean y utilicen para prestar dichos servicios de telecomunicaciones sus propias redes si las tiene, o se limitan a operar con las ya existentes de titularidad ajena.

En el tercer apartado sostiene que existen pruebas de que Orange tiene redes propias de infraestructuras de servicios de telecomunicaciones que ocupan el dominio público local.

Expone que clave que permite al Ayuntamiento liquidar la tasa a por servicios de telecomunicaciones (distintos de la telefonía móvil) en base al 1,5% sin vulnerar la interpretación del TJUE del artículo 13 de la directiva, sería la prueba efectiva de que son titulares de redes propias y de los recursos a los que se refiere dicho artículo en el término municipal.

Aduce que tras gestiones con la Gerencia Municipal de Urbanismo constan en los archivos municipales las actuaciones iniciadas por parte de de

solicitud al Ayuntamiento de fecha 14 de julio de 2010 de licencia de calas y acometidas para canalización de comunicaciones de en la (DE) 2, solicitando a tal efecto licencia demanial para ocupar el dominio público como consecuencia de dichas obras de acometida de instalación se suministros acompañándola con el escrito de apelación como doc. no 2).

Indica que dicho expediente nº finaliza mediante Resolución de de agosto de 2010, del Teniente de Alcalde Titular del Área de Gobierno y Gestión de Urbanismo, Vivienda, Presidencia, Medio Ambiente, Obras, Servicios, Movilidad, Transportes y Patrimonio, por Delegación de la Junta de Gobierno Local de enero de 2010 que adjunta como doc. nº 3, en la que tras la emisión de correspondiente Informe de los Servicios Técnicos Municipales sobre la afectación del dominio público local de dichas obras de instalación de comunicaciones se resuelve:

"PRIMERO" conceder a D/Da, en representación de España licencia demanial para ocupar el dominio público municipal como consecuencia de las obras de acometida cala para canalización de comunicaciones, en la (DE) 2, cuya legitimación urbanística se producirá por el transcurso de 15 días hábiles sin comunicación expresa en sentido contrario de este Ayuntamiento".

Frente a ello la parte apelada, interesó la desestimación del presente recurso, argumentando en líneas generales, que la actuación cuestionada se ajustó en todo momento a la legalidad.

TERCERO.- Para dar adecuada respuesta al de suscitado en los términos en que nos viene planteado por la tesis de los argumentos de la recurrente y de su oposición a ellos, es necesario indicar que el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón dictó la liquidación nº relativa a la "Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro", correspondiente al primer trimestre del ejercicio 2014 por importe de euros.

Dicha liquidación se practicó en un expediente administrativo en el que consta una declaración de ingresos brutos del primer trimestre de 2.014 efectuada por y la propia liquidación.

En dicha liquidación no se indica si se liquida porque el contribuyente tiene redes propias de infraestructuras de servicios de telecomunicaciones que ocupan el dominio público local o por su utilización.

En el expediente administrativo no existe prueba alguna que acredite que posea redes propias de infraestructuras de servicios de telecomunicaciones que ocupan el dominio público local en el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

Contra la liquidación se interpuso recurso de reposición en el que se alegaba que el recurrente no era titular de redes propias y que por tanto no procedía el abono de la tasa.

El recurso fue resuelto por la Resolución de de junio de 2014 del Órgano de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón al entender que el 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), no era aplicable a los servicios de telefonía fija, sin cuestionar que el recurrente no fuera titular de redes.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de de enero de 2015, por la que se desestimó la Reclamación Económica-Administrativo presentada por la mercantil siguió la misma línea argumental.

El Juez de Instancia no ha procedido a una incorrecta valoración de la prueba.

En materia probatoria el derecho tributario tiene sus propias normas, que están en el artículo 105.1º de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, relatito a la “Carga de la prueba” dispone que «(...) *En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo*».

Era a la Administración a quien correspondía dentro del procedimiento de aplicación del tributo demostrar que en el periodo 2.014 era titular de redes.

Pretende el Ayuntamiento que demuestre un hecho negativo, esto es que no es titular de redes.

Es evidente que, conforme el Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración, desde la sentencia de la antigua Sala Tercera de 27 de Mayo de 1981 y en otras más recientes de 11 de Junio de 1998, Fundamento segundo, párrafo 3º, y 17 de Julio, también de 1998, Fundamento 4º, párrafo 3º, el principio de facilitación de la prueba y el que proscribe que la prueba de los hechos negativos corra a cargo de quien los aduce para evitar que se convierta en auténtica "probatio diabólica" hacen que deba ser la Administración la que deba aportar los datos y hechos de los que pueda inducirse la realidad de determinadas situaciones que solo en su mano está suministrar para poder practicar la liquidación.

Resulta absolutamente improcedente que con el recurso de apelación se aporte una prueba con la que se pretenda justificar que era titular de redes.

Pero es que además de la documental que aporta el apelante de manera totalmente extemporánea solo se deduce que el Ayuntamiento concedió licencia de obras a para comunicar una arqueta de cono una cámara de, sin que acredite que fuera el titular de las redes sino solo el autor de la obra.

Seguidamente debemos resolver si el Ayuntamiento recurrente puede a través de sus Ordenanzas Fiscales establecer una tasa que grave a quien no es titular de las redes de telefonía fija.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Sección en las recientes sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil dieciséis (recurso de apelación que con el número 13/2.016) y diez de noviembre de dos mil dieciséis (recurso de apelación que con el número 57/2.016), por lo que exigencias de unidad de doctrina, inherentes a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), , imponen aquí reiterar el criterio interpretativo que allí se siguió y la cuestión planteada merece igual respuesta que la que en aquella se contiene.

Así decíamos que el punto de partida de nuestro análisis está en el 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) que se intitula “Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos” y preceptúa que:

«Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o 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. 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 2002/21/CE (Directiva marco)».

La Directiva autorización no distingue entre telefonía móvil u telefonía fija y por tanto la Sección estima que es aplicable a ambos tipo de telefonía.

Las tasas por la ocupación del dominio público que regula el TRLHL, a cuyo amparo se dicta la Ordenanza impugnada, han de acomodarse a lo previsto en el artículo 13 de la Directiva, que tiene efecto directo, y debe ser interpretada de conformidad con la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11)*, así como el Auto de 30 de enero de 2014 y la reiterada doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El TJUE en la Sentencia de 12 de julio de 2012, en respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Tercera del TS declaró que:

«1) El 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), 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.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 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"».

El Auto del TJUE de 30-1-2014, referido también a la telefonía fija, se remite a la Sentencia de 12-7-2012, y reitera que la tasa por aprovechamiento especial examinada y que regula el TRLHL, está vinculada a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de la Directiva autorización.

Así pues debemos concluir que el 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe también, 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 fija, por lo que procede desestimar el presente recurso de apelación.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede la imposición de las costas causadas en esta alzada al apelante.

En el caso que nos ocupa, no apreciando la concurrencia de dudas de hecho ni de derecho en el planteamiento o resolución de la litis, la Sala entiende procedente que se condene al apelante en las costas causadas en este proceso, limitándose la partida correspondiente a honorarios profesionales al máximo de trescientos (300) euros, IVA excluido, según el criterio que habitualmente viene manteniendo esta Sección.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

1º) Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso de apelación número 329/2.016, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN, representado y asistida del Letrado Consistorial contra la Sentencia nº 3/2.016 de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 132/2015, que se confirma.

2º) Se condena al apelante en las costas causadas en este proceso judicial, limitándose la partida correspondiente a honorarios profesionales al máximo de trescientos (300) euros, IVA excluido.

Líbrese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Y firme que sea la presente Sentencia, únase certificación al Rollo y con otra de la misma y la oportuna comunicación devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Contencioso-administrativo de su procedencia para su debida ejecución y cumplimiento.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2583-0000-85-0329-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2583-0000-85-0329-16 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña., estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.