

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA ORDENANZA FISCAL REGULADORA DE LA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA Y APROVECHAMIENTOS ESPECIALES CONSTITUIDOS EN EL SUELO, SUBSUELO O VUELO DE LA VÍA PÚBLICA A FAVOR DE EMPRESAS EXPLOTADORAS DE SERVICIOS DE SUMINISTROS

El marco normativo del gravamen por la utilización del dominio público local que realizan las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones fijas ha venido siendo regulado, tradicionalmente, por el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que, en lo que aquí interesa, dispone:

«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».

La redacción transcrita procede de la reforma introducida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. A partir, por tanto, del 1 de enero de 2003 quedó dissociada la tributación de los servicios de telecomunicaciones, reconduciendo los servicios móviles a métodos de cuantificación amparados en la letra a) del artículo 24.1 TRLHL.

Por su parte, 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), previene en su artículo 13:

«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)».

A la vista del precepto, y en el marco de impugnaciones directas de Ordenanzas Fiscales que gravaban la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los servicios móviles, el Tribunal Supremo planteó, en fechas 28 y 29 de octubre y 3 de noviembre de 2010, las cuestiones prejudiciales C-55/11, C-57/11 y C58/11, que fueron resueltas acumuladamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en Sentencia de 12 de julio de 2012 en los siguientes términos:

«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».

La recepción del Fallo del TJUE por parte del Tribunal Supremo se plasmó, inicialmente, en las Sentencias de 10 y 15 de octubre de 2012, recursos de casación núms. 4307/2009 y 861/2009.

La primera, referida a la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia, señaló en el apartado Segundo de su Fallo:

«Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A. contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general del Ayuntamiento de Santa Amalia, declarando la nulidad del último inciso ("con independencia de quien sea el titular de aquéllas") del apartado 2 del artículo 2 y del apartado 2 del artículo 3, en cuanto atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas».

La segunda de las Sentencias, que afectaba a la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Tudela, además de anular los artículos relativos al hecho imponible y al sujeto pasivo en los términos de la anterior, entró a conocer de la idoneidad del método de cuantificación, señalando al respecto en el Fundamento de Derecho Tercero:

«Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al artículo 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefonía móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecúa a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, 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".»

Posteriormente, el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona planteó la cuestión prejudicial C-25/13, que fue resuelta por el TJUE, mediante Auto de 30 de enero de 2014, en el siguiente sentido:

«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), en el sentido de que 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 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), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.»

La trascendencia de la Resolución viene dada por su referencia a los *operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas*, sin alusión a su condición de móviles, a diferencia de las precedentes cuestiones prejudiciales.

Desde la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, la pretensión de las compañías de telefonía fija de ver extendida la doctrina fijada para la telefonía móvil al gravamen de sus servicios no ha quedado ceñida a la titularidad de recursos, sino que comprendía también las limitaciones señaladas para el método de cuantificación. Por ello, han venido impugnando sistemáticamente las liquidaciones correspondientes a la denominada Tasa del 1,5.

Son ya numerosos los Fallos de diversos Tribunales Superiores de Justicia que estiman tales pretensiones, anulando las liquidaciones practicadas por tal concepto e incluso los artículos de las Ordenanzas Fiscales que regulan el hecho imponible, el sujeto pasivo y la cuantificación de la Tasa.

Así, las SSTSJ de Cataluña núms. 26/2016 y 32/2016, de 18 y 20 de enero, respectivamente. Esta última señala:

«En suma, dado que el servicio de telefonía fija, como de móvil, se trata un servicio de comunicaciones electrónicas en el sentido de la Directiva 2002/20, la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía móvil, contenida, por todas, en la sentencia de 15 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 1085/2010, las sentencias de 15 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación núms. 5709/2009, 6550/2009, 6559/2009, 6581/2009, 5260/2010, 5789/2009, 5489/2009, 5880/2010, 89/2010 y 5190/2010, las de 22 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación 6511/2009, 5594/2009, 503/2010, 5302/2009, 592/2010, 5502/2009, 6101/2009, 6471/2009, 5631/2009, 6531/2009, 5596/2009, 6112/2009, 5602/2009 y 5603/2009, es trasladable al supuesto de telefonía fija.

TERCERO: Por análogas razones a las contenidas en dichas sentencias deberá también prosperar la impugnación de la ordenanza en cuanto a la cuantificación de la tasa, en relación a la utilización especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía fija, en virtud de la primacía del derecho comunitario, cuya normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales».

Y dispone:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo número 96/2015, interpuesto por la representación procesal de Orange Espagne, S.A.U. contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento del Prat de Llobregat reguladora de la "Taxa per aprofitament especial del domini públic local, a favor d'empreses explotadores de serveis de subministrament especial" publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 24 de diciembre de 2014, declarando nulos los preceptos de dicha Ordenanza que: 1.º) Atribuyen la condición de sujeto pasivo de tal tasa a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los

suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas; y 2.º) Regulan el importe de la misma tasa».

En el mismo sentido las SSTSJ de Cataluña núms. 339/2016, de 31 de marzo, 585/2016 y 587/2016, ambas de 2 de junio, y 629/2016, de 16 de junio.

El asunto también ha sido planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Así, la Sentencia 449/2016, de 27 de abril -con citas de las Sentencias del TSJ de Castilla La Mancha de 19 de febrero de 2016, núms. 257/16, y 194/2016, de 7 de marzo, así como la Sentencia del TSJ de Galicia núm. 282/2015, de 29 de mayo- afirmó:

«...la Directiva 2002/20/CE se refiere a *la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas* sin excluir a ninguna -tampoco menciona la telefonía móvil-, de ahí 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 al caso que nos ocupa y, por tanto, las consideraciones jurisprudenciales sobre tales preceptos también sean plenamente extrapolables a la telefonía fija, 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...».

La doctrina se confirma en las Sentencias 911/2016, de 5 de septiembre, 1041/2016, de 11 de octubre, y 1043/2016, de la misma fecha que la anterior.

Por tanto, es criterio de dichos Tribunales Superiores de Justicia que el método especial de cuantificación regulado en el

artículo 24.1 c) TRLHL ha devenido inaplicable para los servicios de telecomunicaciones fijas.

Finalmente, el Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid ha dictado diversas resoluciones sobre la materia, afirmando rotundamente el efecto directo del artículo 13 de la Directiva autorización y la inadecuación del artículo 24.1 c) a la normativa europea. Así, la Resolución de 18 de enero de 2017 señala:

«...el efecto directo del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE no permite gravar a las empresas que no sean titulares de los recursos instalados, y si bien entonces la cuestión prejudicial se ciñó a las empresas de telefonía móvil, por motivos de mera congruencia, dado que la Directiva afecta a otros servicios del sector de las comunicaciones electrónicas, resulta evidente que la aplicación de dicho precepto no se puede restringir a las empresas de telefonía móvil».

Y concluye:

«...si bien la literalidad del artículo 3.3 de la Ordenanza reguladora de la TPSSUM sólo exime del pago de esta tasa a las empresas que prestan servicios de telefonía móvil, la aplicación del derecho de la UE (...) impide la exigencia a las empresas de telefonía fija de una tasa cuya base esté constituida por los ingresos brutos procedentes de la facturación...»

Todo lo anterior hace necesario proceder a modificar la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, para excluir de su ámbito de aplicación no sólo a los servicios de telefonía móvil sino también a los servicios de comunicaciones fijas.

De conformidad con lo expuesto y, a tenor de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y, asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.2.1.c) de los Estatutos de la Agencia Tributaria Madrid, aprobados por Acuerdo Plenario de 22 de diciembre de 2008, corresponde a la Junta de Gobierno Local, a propuesta del titular del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, previos informes de la Intervención General y de la Asesoría Jurídica, la aprobación de los proyectos inicial y definitivo de ordenanzas, y al Pleno, previo dictamen de la Comisión Permanente de Economía y Hacienda, la aprobación definitiva de la norma.

Finalmente, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera exige, en la fase de elaboración y aprobación de las disposiciones legales y reglamentarias que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, una valoración de sus repercusiones y efectos, supeditándose de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por su parte, el artículo 58 de las Bases de Ejecución del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para 2017, dispone que «en estos expedientes se incorporará una memoria económica en la que se detallarán las posibles repercusiones presupuestarias».

Toda vez que la modificación normativa que se propone para la tasa es consecuencia directa de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de forma que no resulta posible aplicar en los servicios de telecomunicaciones fijas un método de cuantificación de la tasa cuya base esté constituida por los ingresos brutos procedentes de la

facturación, el impacto de excluir de la tasa a las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones viene dado por la pérdida de las liquidaciones anteriormente realizadas a las empresas de telefonía fija, cuyo importe en el ejercicio precedente ascendió a 3.061.825,82 euros.

Por ello, el coste o disminución recaudatoria para el ejercicio 2017 se cifra en 3.061.825,82 euros en términos de derechos reconocidos netos, así como en 3.058.155,87 euros en los términos de caja con los que se aprueban las previsiones de ingresos corrientes en el Ayuntamiento de Madrid.

En su virtud, se propone la aprobación del proyecto inicial de modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Suministros, que figura en el anexo.

Madrid, 4 de abril de 2017

EL DIRECTOR

José Antonio Díaz de Cerio Villamayor