



Roj: **STSJ M 12602/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:12602**

Id Cendoj: **28079330022014100850**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **284/2013**

Nº de Resolución: **892/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN FRANCISCO LOPEZ DE HONTANAR SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12602/2014,**
STS 2188/2016

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2013/0004554

RECURSO N° 284/2.013

SENTENCIA N° 892

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

En la Villa de Madrid a siete de octubre de dos mil catorce.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso administrativo



número 284 de 2.013 , interpuesto por la entidad «France Telecom España S.A.» representada por el Procurador Don Roberto Alonso Verdú y asistida por la Letrada Doña Esther Zamarriego Santiago contra la " *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 Telefonía Móvil.* " aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012 . Ha sido parte el Ayuntamiento de Madrid asistido y representado por Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Madrid Doña Aurora García del Nero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que previos los oportunos trámites el Procurador Don Roberto Alonso Verdú en representación de la entidad «France Telecom España S.A.» formalizó demanda el día 6 de marzo de 2.014 en la que tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que en su día y previos los trámites legales dicte sentencia que declarara la nulidad la " *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 Telefonía Móvil.* " aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012.

SEGUNDO.- Que asimismo se confirió traslado a la Letrada Consistorial del Ayuntamiento de Madrid Doña Aurora García del Nero en nombre y representación del Ayuntamiento de Madrid para contestación a la demanda, lo que se verificó por escrito presentado el 15 de abril de 2.014 en que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia desestimando en todas sus partes el recurso contencioso-administrativo interpuesto y se confirmara íntegramente el acuerdo de aprobación definitiva 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 Telefonía Móvil.* ".

TERCERO.-- Por auto de fecha 13 de mayo de 2014 se acordó recibir el recurso a prueba, practicándose la admitida con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Que, tras la celebración de vista pública el 11 de septiembre de 2014 se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 2 de octubre de 2014 a las 10,00 horas de su mañana, en que tuvo lugar.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilustrísimo Señor Don Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador Don Roberto Alonso Verdú en nombre y representación de la entidad «France Telecom España S.A.», interpone recurso contencioso administrativo contra la " *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 Telefonía Móvil.* " aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012.

SEGUNDO.- Para resolver las cuestiones planteadas ha de indicarse que el servicio de telefonía móvil, por sus mismas peculiaridades, se presta en su casi totalidad por el dominio radioeléctrico que, siendo de titularidad estatal, no puede servir de soporte a la tasa municipal establecida. No obstante ello, también es cierto, como se hace constar en el informe técnico-económico que sirve de antecedente de la Ordenanza, que no es posible la prestación integral del servicio de telefonía móvil sin la utilización del dominio local, bien sea en los supuestos en que se hacen llamadas a teléfonos fijos, para lo que es necesario integrarse en las redes ya establecidas por las que se presta dicho servicio; o bien con la instalación de los elementos fijos necesarios para hacer posible esa telefonía móvil. Cierto es que, por esa misma dinámica, la utilización del dominio local (los elementos tales como antenas, de esta modalidad de telefonía no siempre están instalados en dominio local) es mucho menos intenso en el caso de esta telefonía móvil, pero eso no quiere decir que se excluya de manera absoluta, lo que es, a los efectos del debate ahora suscitado, suficiente para estimar la concurrencia del presupuesto para la imposición de la tasa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Locales , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.004, de 5 de marzo. Ahora bien, como veremos al examinar la determinación de la cuota tributaria, lo que realmente se considera hecho imponible de la tasa impuesta a estas empresas explotadoras del servicio de telefonía móvil, es el uso de redes de telefonía fija para cuando hay servicios mixtos entre una y otra modalidad, ese concreto presupuesto de hecho es el que se considera sujeto a la tasa a la vista de la delimitación que se hace en la Ordenanza que se revisa. Y es esa configuración



específica del hecho imponible hay que considerar que ya la titular de dicha red está sujeta a la tasa específica del artículo 24.1º.c), por lo que no puede imponerse nueva tasa a la operadora de telefonía móvil que utiliza la red, conforme al derecho de uso compartido reconocido en la Ley 52/2.003, de 23 de noviembre, General de Telecomunicaciones y al considerar, además, que no se ha probado ese uso.

TERCERO.- El artículo 24-1º del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, establece las reglas para la determinación de la cuota tributaria de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, contemplando una doble modalidad: una regla general, regulada en los párrafos a) y b), conforme a la cual, el importe de la tasa se calculará atendiendo al "valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público", o bien "el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación", en el supuesto de que "se utilicen procedimientos de licitación pública". Frente a ese régimen general, se dispone en el párrafo c) de este artículo 24.1º, un régimen especial para las "empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario" y dichos servicios exijan la "utilización privativa o aprovechamientos especiales... (del) suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales", en cuyo supuesto el cálculo de tasa se hace de manera específica porque se establece "en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas".

CUARTO.- El Tribunal Supremo por Auto de 29 de Octubre de 2010 en el recurso de casación 861/2009 , interpuesto por "Vodafone España, S.A" contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de Diciembre de 2008 acordó someter al Tribunal de Justicia de la Unión la cuestión prejudicial que ahora nos ocupa en los siguientes términos: "1º) *¿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 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?. 2º) Para el caso de que se estima compatible la exacción con el mencionado, artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿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?. 3º) ¿Cabe reconocer el repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?"*

QUINTO.- Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, por sentencia de fecha 12 de Julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (asuntos acumulados C-55/11 , 57/11 y 58/11) en la que declaró: 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 Tribunal de Justicia razona de la siguiente forma, respecto de la primera cuestión: "28. *Con carácter preliminar, ha de observarse que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006 , Nuovasocietà di telecomunicazioni , C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011 , Telefónica Móviles España , C-85/10 , Rec. p. I-0000, apartado 21).* 29. *Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.* 30. *En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que,*



sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público. 31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo. 32. Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos «recursos» e «instalación» remiten, 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. 33. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella. 34. Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de «canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público". Por otra parte, habiendo quedado sin objeto la segunda cuestión prejudicial planteada (que preguntaba, para el supuesto de que la tasa se considerara compatible con el artículo 13 de la Directiva, si las condiciones en que la misma era exigida en la Ordenanza satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación), el Tribunal de Justicia aborda la respuesta a la tercera cuestión relativa a si cabe reconocer al citado artículo 13 de la Directiva autorización efecto directo y, por lo tanto, si un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que es positiva, al reconocer que el artículo 13 tiene efecto directo.

SEXTO .- Como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la Sección 2ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias de las que son ejemplo las dictadas el 15 de febrero de 2013 en los el Recurso de Casación, 6550/2009 , 89/2010 , 5789/2009 , 6670/2009 , 4280/2009 , 6559/2009 , 5709/2009 , 6581/2009 , 5260/2010 , 5489/2009 , en las que se cita la primera sentencia esto es la Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009 , si bien referidas a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz) en las que se indica que la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es positiva, reconociendo que el artículo 13 de la Directiva 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. Ello es así por cuanto dicha disposición "(...) establece, en términos incondicionales y precisos, que los Estados miembros pueden imponer un canon en tres supuestos específicos, a saber, por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma". En definitiva, el Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala, 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". Por ello el Tribunal Supremo indica la Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009 , tras analizar el marco normativo aplicable así como la respuesta prejudicial ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión antes aludida, estimó el último motivo del recurso de casación con la consiguiente estimación parcial del recurso contencioso- administrativo interpuesto, anulando determinados preceptos de la Ordenanza impugnada (en ese caso del Ayuntamiento de Santa Amalia). Y establece el Tribunal Supremo que la solución a la que debemos llegar hoy, por unidad de doctrina, es la misma, de tal manera que procede la anulación de los siguientes preceptos de la Ordenanza impugnada: a) Del artículo 2.2 en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de aquellos elementos a las que implícitamente se refiere el artículo 2.2 de la Ordenanza en el inciso final "con independencia de quien sea el titular de la red". La extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resulta contraria al artículo 13 de la Directiva autorización. b) Del artículo 3.2 en cuanto atribuye la consideración



de sujeto pasivo de la tasa a las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 3, "tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas". La solución a que se llega, tal y como se señaló en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 (...) es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a lo parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002".

SÉPTIMO.- Y respecto de la base imponible y cuota tributaria establecida en estas ordenanzas el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas afirma que en efecto, en la Sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 1085/2010) se señalaba que el pronunciamiento anulatorio había de extenderse al precepto de la ordenanza regulador de la cuantificación de la tasa, y ello por las siguientes razones: " 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 telefónica 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 adecua 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 ". E indica que esta conclusión, 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 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"**. En consecuencia, no resultando ajustado a Derecho el método de cuantificación al que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza que hoy nos ocupa, se impone declarar la nulidad del citado precepto.

OCTAVO.- Por otra parte el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 30 de enero de 2014 dictado en el asunto C-25/13, objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de Barcelona, mediante resolución de 8 de enero de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de enero de 2013 ha indicado que en efecto, ha de observarse que la tasa que es objeto del procedimiento principal es de la misma naturaleza que la examinada en los asuntos que dieron lugar a la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada. Al igual que esta última tasa, la establecida por el Ayuntamiento de Guardiola de Berguedá lo fue basándose en la Ley General de Telecomunicaciones, que transpuso al Derecho español la totalidad de las Directivas en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas adoptadas en 2002, y en el Real Decreto Legislativo 2/2004. Ambas tasas gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, precisando el órgano jurisdiccional remitente que, según el artículo 2, apartado 2, de la Ordenanza fiscal de 2006, existe «aprovechamiento especial del dominio público local» siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar antenas o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, con independencia de quien sea titular de las mismas *El Tribunal de Justicia, al ser interrogado en los asuntos que dieron lugar a la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, acerca de si la facultad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» al amparo del artículo 13 de la Directiva autorización permite la aplicación de cánones como los considerados en dichos asuntos, en la medida en que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así el dominio público, declaró que dicho artículo debía interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de tal canon a esos operadores. Además, el Tribunal de Justicia recordó, en los apartados 28 y 29 de dicha sentencia, en primer lugar, que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de*



redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella y, en segundo lugar, que se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización que los Estados miembros únicamente están facultados para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma. Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto del procedimiento principal, 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 no siendo propietarios de dichos recursos. Se desprende del conjunto de las consideraciones anteriores que procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, 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 autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos. Por ello el Tribunal de la Unión Europea concluye que 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.

NOVENO. - En aplicación de dicha doctrina debe entenderse que tanto el artículo 2 como el artículo 3 de la ordenanza modificada se ajustan a derecho puesto que en la actualidad tienen el siguiente contenido « Constituye el hecho imponible de la tasa la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil cuyos servicios se presten, total o parcialmente, **a través de recursos de su titularidad** tales como antenas fijas, microceldas, redes o instalaciones que materialmente ocupen dicho dominio público municipal ». « Son sujetos pasivos de la tasa las empresas o entidades explotadoras de servicios de Telefonía Móvil, con independencia del carácter público o **privado de las mismas, titulares** de las correspondientes antenas, microceldas, redes o instalaciones a través de las cuales se efectúen las comunicaciones ». Toda vez que la condición de sujeto pasivo se reduce a los titulares de las correspondientes antenas, microceldas, redes o instalaciones a través de las cuales se efectúen las comunicaciones, la ordenanza ajusta sus determinaciones a la doctrina jurisprudencial antes expuesta

DÉCIMO-D ebemos centrar el análisis en la cuota tributaria regulada en el artículo 5 en los siguientes términos: *El importe de la tasa, en función de los recursos útiles para la telefonía móvil instalados en este municipio y del valor de referencia del suelo municipal, se cuantificará individualizadamente para cada operador mediante la aplicación de la siguiente fórmula de cálculo:*

$$CT = \text{€/m}^2 \text{ básico} \times CPM \times FCA \times \text{Sup} \times T \times CV$$

Donde CT es la cuota tributaria de cada sujeto pasivo, fijada en función de los siguientes parámetros:

a) €/m² básico: 83,51 euros.

b) CPM: Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles prepago y pospago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a fecha de devengo. El resultado de aplicar este coeficiente no podrá exceder de un valor de 68 €/m².

c) FCA: Factor de corrección cifrado en un coeficiente de 0,25 aplicable a aquellos obligados tributarios cuyo número de líneas móviles prepago y pospago activas en Madrid no supere las 100.000.

d) Sup: Superficie ocupada por el operador. Se fijará aplicando a los metros lineales de apertura de calas o canalizaciones ejecutadas por el obligado tributario, a tenor de los datos obrantes en la Administración Municipal, el ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal.



e) *T*: Tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial, expresado en la unidad correspondiente al año o, en su caso, fracción trimestral de éste (1, 0,25, 0,5 ó 0,75).

f) *CV*: es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos. Se determina mediante la aplicación de un coeficiente sobre la cuota tributaria de acuerdo con la siguiente escala:

De 1 a 100 elementos instalados: coeficiente 1,05

De 101 a 200 elementos instalados: coeficiente 1,10

De 201 elementos en adelante: coeficiente 1,15 ».

UNDÉCIMO.- El Tribunal entiende conflictivos varios son elementos dentro de la fórmula $CT = \text{€/m}^2 \text{ básico} \times CPM \times FCA \times Sup \times T \times CV$. En primer lugar el establecimiento del €/m² básico: 83,51 euros. En segundo lugar el CMP : Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles prepago y pospago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a fecha de devengo. Y en tercer lugar *CV*: es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos. Se determina mediante la aplicación de un coeficiente sobre la cuota tributaria de acuerdo con la siguiente escala y por último el factor "sup" Se fijará aplicando a los metros lineales de apertura de calas o canalizaciones ejecutadas por el obligado tributario, a tenor de los datos obrantes en la Administración Municipal, el ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal.

DUODÉCIMO.- Respecto de la primera de las cuestiones, esto es la determinación de €/m² básico en la suma de 83,51 euros. Como indica la actora el cálculo efectuado por el Ayuntamiento de Madrid resulta de aplicar una tasa de rentabilidad del 4% al supuesto valor medio del mercado del suelo del municipio de Madrid (2.087,80 euros/m²), lo que lleva a alcanzar el citado valor de 83,51 euros/m². Ese valor medio se refiere a valor catastral referido exclusivamente a suelos edificables de usos lucrativos del municipio. Debe indicarse que dicho método de cálculo del valor medio de mercado no puede servir para justificar el valor del aprovechamiento del dominio público, por no corresponderse con el valor del suelo sobre el que discurren las redes ya que precisamente el subsuelo por el que discurren las redes no se encuentra dentro de la "superficie de parcelas" pues las vías públicas carecen de tal calificación, y por otra parte porque no es correcta la extrapolación del conjunto del valor de las parcelas, que por su propia naturaleza tiene un aprovechamiento lucrativo", con las vías públicas que carecen de dicho aprovechamiento y que por no encontrarse en el mercado, no pueden ser evaluadas con las técnicas catastrales que precisamente se basan en prospecciones de mercados, basadas en transacciones de dichos bienes, Incluso puede afirmarse que teniendo asignado un determinado valor catastral determinadas parcelas con un uso singularizado como el dotacional no se comprende cómo no se acude a ellos, cuando dada su naturaleza se acerca mucho más a la de las redes de telecomunicaciones que tiene una naturaleza infraestructural de conformidad con el artículo 36 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid. Y por otra parte discurrendo las redes por diversas zonas del municipio al asignarse un valor medio no distingue el aprovechamiento de las zonas de mayor valor y las de menor valor, siendo este un elemento determinante para la asignación de valor base sobre el que girar la tasa, pues aquella ha de ser de menor valor en los lugares del municipio respecto de aquellos en los que el valor de repercusión y por lo tanto de mercado sea menor. Como indica la actora y según se ha acreditado con la prueba pericial practicada a su instancia existe una referencia valorativa cuya comparabilidad con los viales es mucho más clara que la empleada por el Ayuntamiento como es el valor medio por metro cuadrado de suelo asignado a las zonas verdes en la Ponencia de Valores Catastrales de Madrid. siendo el valor medio de las zonas verdes, de 19,30 euros/m² el Ayuntamiento de Madrid podía haber utilizado dicho valor o bien ponderando el mismo con otros valores que reflejen usos infraestructurales tal y como se describe en el artículo 36 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid. La determinación del valor

DÉCIMO-TERCERO.- Tampoco se ajusta a derecho el Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles prepago y pospago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a fecha de devengo puesto que no tiene en cuenta el factor esencial que es la superficie ocupada, utilizando otros factores ajenos al mismo, pues el establecimiento de dicho índice corrector parte de una base equivocada, cual es que el uso de las redes que discurren por el dominio público municipal es proporcional al número de líneas de telefonía móvil/ fija,



cuando ello no es así, ya que no todas las transmisiones de voz y datos de la telefonía móvil utilizan las redes que discurren por el dominio público municipal, ni la intensidad de uso es la misma en uno y otro caso, mas aun cuando en el caso de la telefonía fija, es un hecho que dichas redes se utilizan preferentemente para transmisiones de datos con un uso más intenso. Además debe indicarse que las redes de telefonía fija están sometidas a gravamen por la utilización del dominio público municipal, mediante otra tasa distinta de la hoy analizada, por lo que dichas redes no deben ser objeto de gravamen, de forma directa, o indirecta, como es el caso presente pues estaríamos ante un supuesto de doble imposición .

DÉCIMO-CUARTO.- Respecto del factor CV: *que es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos. Como indica la actora las microceldas, son un elemento de red que, que sirve para optimizar el uso de la red puesto que permite un número mayor de tráfico de llamadas en áreas de especial intensidad, sino también del dominio público local puesto que, al optimizar la red, la consecuencia es que no sea necesario instalar más cable). La formula utiliza un factor multiplicador que nada tiene que ver ni con la superficie de dominio público local que ocupan las redes en el subsuelo, ni con la superficie ocupadas por las propias microceldas, de forma que aún cuando las microceldas ocupen un espacio mínimo, el operador que utiliza mayor numero de ellas, que suponen un elemento de "mejor tecnología" se ve perjudicado respecto de aquel que no utiliza dicha tecnología, suponiendo que el valor neto de la tasa tras aplicar dicho porcentaje, supone que el espacio utilizado por las microceldas se valore, dado el pequeño espacio que utilizar, con un valor desorbitado y desproporcionado. Por tanto dicho factor multiplicador va en contra de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, puesto que "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". En este caso al gravar mediante el mecanismo multiplicador el uso de las microceldas se va en contra del principio de uso óptimo de los recursos, pudiendo el Ayuntamiento gravar separadamente la utilización del espacio público local en atención al espacio efectivamente ocupado por las mismas.*

DÉCIMO-QUINTO.- *Tampoco entiende el tribunal debidamente motivada justificada la utilización del ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m2 por cada metro lineal. Debe indicarse que la utilización de valores medios atenta en primer lugar al principio de utilización optima de los recursos, en este caso el suelo, vuelo y subsuelo de dominio público municipal, pues grava en igual medida al que utiliza con sus redes más espacio, que aquel operador titular de las redes que pueda usar una tecnología que minimice el espacio usado. Dicho elemento por no diferenciar el espacio efectivamente por las redes, al utilizar un elemento ponderativo no resulta congruente con el principio de capacidad económica, establecido en el artículo 31 de la de la Constitución . Por otra parte como indica la actora solo puede gravarse la ocupación efectiva que solo puede venir determinada por el ancho real del cable instalado y sus elementos de protección sin que pueda gravarse la "superficie teóricamente reservada" en las aceras para la instalación de las redes de telecomunicaciones. Debe indicarse que en el caso de producirse alguna obra, o incidencia las operadoras abonar un gravamen diferenciado por dicha ocupación.*

DÉCIMO-SEXTO.- *De conformidad con el artículo 107 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que si la sentencia firme anulase total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de 10 días a contar desde la firmeza de la sentencia.*

DÉCIMO-SÉPTIMO.- *S egún lo dispuesto en el apartado primero del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , en su redacción establecida por la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Al desestimarse totalmente las pretensiones de administración la actora y no apreciándose dichas circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición procede condenar al demandante al abono de las costas causadas. estableciendo el apartado 3º de dicho precepto que. la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima, el Tribunal haciendo uso de esta facultad fija las costas a abonar por el apelante en la suma de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) en concepto de honorarios del Letrado mas los derechos arancelarios que correspondan al Procurador.*



VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Roberto Alonso Verdú en representación de la entidad «France Telecom España S.A.» y en su virtud ANULAMOS el artículo 5 de la " *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 Telefonía Móvil.* " aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012 condenando al Ayuntamiento Madrid al abono de las costas causadas hasta una cifra máxima, el Tribunal haciendo uso de esta facultad fija las costas a abonar por el apelante en la suma de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) en concepto de honorarios del Letrado mas los derechos arancelarios que correspondan al Procurador

Procédase a la publicación del fallo de esta sentencia, en el Boletín oficial de la Comunidad de Madrid, en el plazo de los diez días siguientes a la firmeza de la presente Sentencia.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que la misma no es firme pudiendo interponerse recurso de casación que habrá de prepararse ante esta misma sala en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución

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

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez D. José Daniel Sanz Heredero

D^a Elvira Adoración Rodríguez Martí D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera