



Roj: **STS 3900/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3900**

Id Cendoj: **28079130022013100806**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/07/2013**

Nº de Recurso: **2443/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SEGUNDA

Excmos. Sres.:

Presidente:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Emilio Frías Ponce

D. Angel Aguillo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Ramón Trillo Torres

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 2443/2012, interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, representado por la Procuradora doña Paloma Solera Lama, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, de fecha 3 de mayo de 2012, en el recurso contencioso-administrativo nº 236/2010, interpuesto contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**- "Telefónica Móviles España, **SS.A.U.**" interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, publicada en el correspondiente Boletín Oficial de la Provincia.



**Segundo.-** En su escrito de demanda alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia por la que se declarase nula la citada disposición de carácter general o, subsidiariamente, su artículo 5.

La mercantil recurrente igualmente interesaba en su escrito de demanda el planteamiento por parte del órgano jurisdiccional de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión controvertida.

El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz contestó a la demanda, suplicando a la Sala que dictase sentencia desestimando el recurso.

**Tercero.-** Tras la tramitación procesal oportuna, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País **Vasco**, dictó la Sentencia hoy recurrida, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimamos, parcialmente, el recurso contencioso administrativo presentado en nombre de Telefónica Móviles España **SS.A.U.** contra la Ordenanza Fiscal del aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas que prestan servicios de suministros de interés general que fue aprobada definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 28-12-2009 y publicada el día 30 del mismo mes en el Boletín Oficial nº 149 del Territorio Histórico de Álava, debemos anular y anulamos el artículo 5 de la disposición recurrida; sin imposición de costas".

**Cuarto.-** Notificada dicha sentencia se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, manifestando su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado por la Sala de instancia, emplazando a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

El escrito de interposición del recurso de casación incorpora cinco motivos de casación, todos ellos articulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional :

- 1) Por infracción de los artículos 2 , 24.1.a ) y c ) , 25 y 26 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , cuya literalidad es idéntica a la de los correlativos de la Norma Foral de Álava nº 41/1989, de 19 de julio, de Haciendas Locales.
- 2) Por infracción del artículo 26.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales .
- 3) Por infracción del artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales .
- 4) Por infracción de la jurisprudencia.
- 5) Por discrepancia con la sentencia recurrida en relación a la cuestión sobre la existencia o no del informe técnico-económico exigido por el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales .

**Quinto.-** Admitido a trámite el recurso de casación por providencia de 12 de septiembre de 2012, se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda, conforme a las reglas de reparto de asuntos, dándose traslado a la parte recurrida para que formalizara escrito de oposición, trámite que ha sido evacuado por "Telefónica Móviles España, **SS.A.U.**", solicitando la inadmisión del recurso, si bien no alega causa alguna de inadmisión de las previstas por el artículo 93 de la LRJCA , sino que muestra su oposición a los concretos motivos de casación interpuestos de contrario. Subsidiariamente solicita la desestimación del recurso.

**Sexto.-** Por diligencia de ordenación de 26 de noviembre de 2012 se da cuenta a las partes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, ha dictado Sentencia con fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11 , 57/11 y 58/11) en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por esta Sala, confiriendo a las partes un plazo de diez días para que aleguen lo que a su derecho convenga.

Al evacuar dicho trámite, la representación procesal de "Telefónica Móviles España, **SS.A.U.**" solicita la desestimación del recurso de casación, ya que "...por un lado, no es titular/propietario de red que ocupe el dominio público local del municipio y, por otro, usa, mediante acuerdos de conexión las redes de terceros Operadores, igual que otros Operadores de telefonía Móvil, como por ejemplo Vodafone España y France Telecom España (Orange)".

**Séptimo.-** Por providencia de 21 de junio de 2013 se nombró ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Fernández Montalvo y se señaló para su votación y fallo el día 3 de julio de 2013, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. don Rafael Fernández Montalvo, Presidente de Sección,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**Primero.-** La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, estimó en parte el recurso interpuesto por "Telefónica Móviles España, **SS.A.U.**" contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, anulando la Ordenanza en cuanto atañe a la determinación de su cuantía.

**Segundo.-** Esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre la no conformidad a Derecho de la regulación de la cuantificación de la tasa que se contiene en ordenanzas como la que ahora nos ocupa.

En efecto, en nuestra Sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 1085/2010 ) ya señalamos 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 art. 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 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".

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, si bien sea por las razones que acaban de exponerse, se impone confirmar el pronunciamiento de declaración de nulidad del citado precepto y la desestimación del recurso de casación.

**Tercero.-** La desestimación del recurso de casación, al incurrir la Ordenanza Fiscal impugnada en la infracción del ordenamiento jurídico en los términos antes señalados, hace innecesario el análisis de las restantes infracciones normativas denunciadas en los motivos articulados por el Ayuntamiento recurrente.

**Cuarto.-** Procede, pues, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el número 3 del citado artículo 139, fija en 1.000 euros la cuantía máxima a abonar por todos los conceptos a la parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº 2443/2012 interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, de fecha 3 de mayo de 2012, en el recurso contencioso-administrativo nº 236/2010 . Imponemos a la parte recurrente la condena al pago de las costas, con el límite cuantitativo establecido en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así, por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos,

Rafael Fernández Montalvo Emilio Frías Ponce

Angel Aguallo Avilés José Antonio Montero Fernández

Ramón Trillo Torres Juan Gonzalo Martínez Micó



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernández Montalvo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ