



Roj: **STS 3965/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3965**

Id Cendoj: **28079130022013100827**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/07/2013**

Nº de Recurso: **6206/2009**

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:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Emilio Frías Ponce

D. Angel Aguallo 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 6206/2009, interpuesto por "Vodafone España, **SS.A.**", representada por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, de fecha 28 de septiembre de 2009, en el recurso contencioso-administrativo nº 394/2008, interpuesto contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Vodafone España, **SS.A.**" interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano, 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 anule dicha disposición normativa de carácter general.



La mercantil recurrente igualmente interesaba en su escrito de demanda, para el supuesto de que la Sala albergase dudas sobre la problemática suscitada, el planteamiento por parte del órgano jurisdiccional de una cuestión de inconstitucionalidad o una prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad de la norma recurrida con el Derecho de la Unión.

El Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano contestó a la demanda, suplicando a la Sala que dictase sentencia declarando su desestimación.

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

"Que estimamos parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Javier Ortega Azpitarte en representación de "Vodafone España, **SS.A.**", contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano que ha quedado definida en el ordinal primero de los fundamentos, declarando la disconformidad a derecho y anulando el artículo 5º "cuantía", a cuyo tenor: "Para las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, la cuota tributaria es el resultado de multiplicar el número de clientes que tengan su domicilio en el término municipal de Amorebieta-Etxano, correspondientes a la empresa prestadora de servicios de telefonía móvil, por el 1,5 por 100 de los ingresos medios por cliente por operaciones de telefonía móvil en todo el Estado. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, son ingresos medios por cliente por operaciones de telefonía móvil, los resultados de dividir la cifra de ingresos totales en todo el Estado por operaciones de los operadores de comunicaciones móviles, según los datos que ofrece para cada ejercicio el informe de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones". No se da lugar a otras pretensiones anulatorias generales y no se hace especial pronunciamiento en costas".

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

El escrito de interposición del recurso de casación incorpora cuatro motivos de casación, los dos primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional y los dos restantes al amparo del apartado d) del citado precepto:

- 1) Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales con indefensión para la parte, por infracción del artículo 24 CE, en relación con los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA y 218 LEC; por incongruencia omisiva de la sentencia impugnada
- 2) Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia con indefensión para la parte, al adolecer la sentencia de la motivación necesaria, con infracción, entre otros, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 67 LJCA, 218 LEC y 24 y 120.3 CE.
- 3) Por infracción de los artículos 29.2.a) y 31.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 15 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, y el artículo 9.3 de la CE.
- 4) Por infracción de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, en relación con las Directivas 2002/21/CE y 2002/19/CE.

Se solicita que, con estimación del recurso de casación, se case y anule la recurrida y se dicte otra más ajustada a Derecho.

Quinto.- Admitido a trámite el recurso de casación por Auto de 18 de marzo de 2010, se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

Sexto.- Por diligencia de ordenación de 4 de octubre 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, "Vodafone España, **SS.A.**" se remite a lo ya señalado en sus alegaciones respecto de los recursos de casación en los que se plantearon las cuestiones prejudiciales.

Por su parte, el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano alega que la Ordenanza aquí impugnada remite a unos conceptos muy diferentes de los que el Tribunal Europeo ha tenido presente y ha interpretado en su sentencia, de lo que deriva que sus pronunciamientos no pueden servir de parámetro para abordar y resolver la cuestión de debate en el presente recurso de casación.



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.- Las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación reproducen en buena medida las ya analizadas con ocasión de nuestra 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 dicho recurso 4307/2009 se planteó por esta Sala una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

1ª) ¿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?

2ª) Para el caso de que se estime 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?

3ª) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?

Pues bien, en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia (Sentencia con fecha 12 de julio de 2012 -asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11-) pone de manifiesto que el artículo 13 de la 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.

Razona al respecto el Tribunal de Justicia lo siguiente:

"26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

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, Nuova società 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.

La respuesta del Tribunal 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".

Segundo.- En nuestra 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, estimamos 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).



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, en relación con los servicios de telefonía móvil:

a) Del artículo 2, en cuanto incluya dentro de los supuestos de aplicación y del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o 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 las antenas, instalaciones o redes. 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, en cuanto atribuya 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 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".

Tercero.- Resta por analizar la cuestión relativa a si la regulación en el artículo 5 de la Ordenanza fiscal impugnada de la base imponible y cuota tributaria del servicio de telefonía móvil resulta ajustada a Derecho.

Ahora bien, tal y como declaramos igualmente en la Sentencia citada de 10 de octubre de 2012, es de recordar en este punto que la Sala de instancia estimó en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por la hoy recurrente, anulando el artículo 5 de la Ordenanza impugnada, y como quiera que tal pronunciamiento ha devenido firme al no haber sido recurrido por la parte perjudicada por tal fallo, no resulta pertinente que esta Sala entre en el análisis de dicho artículo.

La estimación del motivo de casación formulado por "Vodafone España, **SS.A.**", por infracción del Derecho de la Unión Europea, hace innecesario el análisis de los restantes motivos articulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional (incluso el que plantea la problemática suscitada en cuanto a la comunicación de la norma por parte del Ayuntamiento a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que ésta publique una sinopsis de la misma en internet (artículo 29.2.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), dado que, en todo caso, una eventual ausencia de tal remisión afectaría únicamente a la eficacia y no a la validez de la ordenanza), así como de los formulados al amparo del apartado c) del citado precepto, puesto que una eventual estimación del mismo nos situaría en la posición del Tribunal de instancia, dando lugar, en todo caso, al pronunciamiento al que seguidamente haremos referencia.

Cuarto.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de Ley Jurisdiccional, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso de casación, ni por las originadas en la instancia.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Vodafone España, **SS.A.**" contra la Sentencia dictada, con fecha 28 de septiembre de 2009, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** en el recurso número 394/2008, que se casa y anula, salvo en lo relativo a su pronunciamiento estimatorio parcial en el que declaró nulo de pleno derecho el artículo 5 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano.

SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Vodafone España, **SS.A.**" contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano, declarando, en relación con los servicios de telefonía móvil, la nulidad del artículo 2, en cuanto incluya dentro de los supuestos de aplicación y del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o 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 las antenas, instalaciones o redes; y del artículo 3, en cuanto atribuya 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.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

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 CEJUDJ