



Roj: **STS 6485/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6485**

Id Cendoj: **28079130022012101115**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **10/10/2012**

Nº de Recurso: **4307/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN GONZALO MARTINEZ MICO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: SEGUNDA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 10/10/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 4307 / 2009

Fallo/Acuerdo:

Votación: 10/10/2012

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Escrito por: MHM

Nota:

Telefonía móvil:

Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicio de suministros de interés general. Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz).

Los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. Efecto directo del art. 13 de la Directiva de autorización. La Directiva de autorización como Directiva de máximos.

RECURSO CASACION Num.: 4307/2009

Votación: 10/10/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Gonzalo Martínez Micó

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: SEGUNDA****Excmos. Sres.:****Presidente:****D. Rafael Fernández Montalvo****Magistrados:****D. Juan Gonzalo Martínez Micó****D. Emilio Frías Ponce****D. José Antonio Montero Fernández****D. Ramón Trillo Torres**

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Sres. Magistrados anotados al margen, el presente recurso de casación nº 4307/2009 interpuesto por "VODAFONE ESPAÑA S.A.", representada por Procuradora y dirigida por Letrado, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 12 de junio de 2009, en el recurso del citado orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 505/2008, interpuesto contra la Ordenanza fiscal municipal 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 (Badajoz).

El Ayuntamiento de Santa Amalia se ha personado como parte recurrida en escrito presentado en este Tribunal el 31 de marzo de 2011, en el que solicitaba ser tenido por parte para actuar en todos los trámites no precluidos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La compañía mercantil VODAFONE ESPAÑA S.A. (en lo sucesivo VODAFONE) interpuso con fecha 29 de febrero de 2008 recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Santa Amalia, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz nº 251, de 31 de diciembre de 2007.

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 anulase 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 de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la incompatibilidad de la norma recurrida con las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE.

El Ayuntamiento de Santa Amalia contestó a la demanda, suplicando a la Sala que dictase sentencia desestimatoria del recurso, declarando ajustada a Derecho la Ordenanza fiscal objeto de recurso.

TERCERO.- Tras la tramitación procesal oportuna, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó la Sentencia hoy recurrida, de fecha 12 de junio de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora doña María Victoria Merino Rivero, en nombre y representación de Vodafone España, S.A. contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Marta (sic) (Badajoz) mencionada en el primer fundamento, y declarar nulo de pleno derecho el artículo 5 de la referida disposición general, por no estar ajustado al ordenamiento jurídico, sin hacer expresa condena en cuanto a las costas procesales".

CUARTO.- Notificada dicha sentencia se presentó escrito por la representación procesal de "Vodafone", manifestando su intención de preparar recurso de casación, que se tuvo por preparado por Providencia de la Sala de instancia de 1 de julio de 2009, emplazando a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo con remisión de las actuaciones.



QUINTO.- La recurrente "Vodafone" presentó en este Tribunal Supremo, con fecha 14 de septiembre de 2009, el escrito de interposición del recurso de casación en el cual expuso siete motivos de casación; los dos primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y los restantes al amparo del apartado d) del citado precepto:

–El primero 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 al no haber resuelto sobre la violación de los artículos 3 y 129 de la LGT , en que, a juicio de la recurrente, incurría la Ordenanza Fiscal impugnada y por incongruencia omisiva por error, por cuanto que la Sala de instancia resuelve en relación con la adecuación de la Ordenanza impugnada a la normativa comunitaria, sin responder en ningún momento al planteamiento que de dicha cuestión realizó la parte.

–El segundo 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 de la Constitución .

–El tercero por infracción de lo dispuesto en 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 de 2002 , así como del artículo 9.3 de la Constitución . Entiende la recurrente que la falta de comunicación de la Ordenanza impugnada a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones por parte del Ayuntamiento recurrido determina, en contra de lo manifestado por la Sala de instancia, la nulidad de la misma.

–El cuarto por infracción del artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como de la jurisprudencia aplicable, por cuanto que la sentencia de instancia considera procedente que la Ordenanza impugnada imponga a la recurrente una tasa por los servicios de telefonía móvil prestados, cuantificada conforme a lo previsto en el apartado a) del precepto infringido, cuando, en realidad, sólo le podría ser exigible la tasa a que alude el apartado c) del mismo precepto, al concurrir los requisitos subjetivo y objetivo exigidos en él. Como conclusión se defiende que los servicios de telefonía móvil no pueden ser gravados por ninguna de las modalidades de la tasa contempladas en el artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales .

–El quinto por infracción del último párrafo del artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, ya que la sentencia de instancia confirma la validez de la disposición impugnada, pese a no prever la incompatibilidad prevista en el artículo 24.1 c) último párrafo del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , y permitir la exacción de las tasas exigidas en el artículo 24.1 a) y c) de dicho Texto Refundido para un mismo contribuyente.

–El sexto por infracción del artículo 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , de los artículos 5 y 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local , y de los artículos 9.3 , 14 , 31 , 103.1 y 133.2 de la Constitución . Considera la entidad recurrente que la sentencia impugnada vulnera los preceptos relacionados al confirmar la validez de una Ordenanza que permite situaciones que infringen los principios de capacidad económica, doble imposición, igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; a juicio de la recurrente, la Sentencia de instancia vulnera los preceptos referidos, por cuanto que confirma una Ordenanza fiscal que genera situaciones de doble imposición y que hace tributar de forma similar y de manera totalmente desproporcionada situaciones de hecho completamente distintas, como son las correspondientes a operadores de telefonía fija y operadores de telefonía móvil. Además, se sostiene que dicha sentencia no sujeta a tributación a todos los sujetos pasivos que realizan el hecho imponible de la tasa, exigiendo el tributo a tres operadores de telefonía móvil por los ingresos generados por la totalidad del sector, como también que hace tributar ingresos derivados del consumo de telefonía móvil que no proceden de la utilización del dominio público local y que no tiene en consideración que la capacidad económica del contribuyente debiera medirse en función de parámetros distintos de la utilidad obtenida.

–Y séptimo y último 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. Este motivo se plantea con carácter subsidiario a los motivos primero y segundo del recurso. Se critica que la Sentencia de instancia no contempla la aplicación del artículo 13 y 15 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo , y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sino que analiza la cuestión, exclusivamente, a la luz de lo dispuesto en su artículo 12.



SEXTO.- Por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 30 de octubre de 2009 se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por "Vodafone" y remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda por providencia de 19 de noviembre de 2009, al no haberse personado por entonces todavía la parte recurrida --el Ayuntamiento de Santa Amalia--, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

SÉPTIMO.- Con fundamento en los artículos 20.1 y 3 , e, k, r y 24.1, c del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), las ordenanzas fiscales de diversos Ayuntamientos impusieron tasas por el uso privativo o el aprovechamiento especial del dominio público municipal con el fin de prestar servicios de suministro de interés general, entre los que se incluyen los servicios de telefonía móvil.

Según el artículo 23 del TRLHL, son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003 , General Tributaria, que "disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20 .", independientemente de que sean titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros o que no siendo titulares de dichas redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a ésta. La consecuencia es que las empresas de telecomunicaciones realizan el hecho imponible requerido, siempre que aprovechen o utilicen en todo o en parte el "dominio público municipal" y resulten sujetos pasivo de la tasa. En particular, según las indicadas ordenanzas, los operadores de telefonía móvil quedaban sometidos a la tasa aunque se limitasen a utilizar las instalaciones de las que eran titulares otros operadores y con los que estaban vinculados mediante acuerdos de acceso e interconexión.

La jurisprudencia española aceptó de forma unánime la exacción de esta tasa por aprovechamiento especial del dominio público municipal impuesta a los operadores de telefonía móvil. Nuestros tribunales, incluido este Tribunal Supremo, han considerado que se producía un aprovechamiento indiscriminado de la red fija de telefonía por las empresas que operan en el sector de la telefonía móvil y que se realizaba el hecho imponible de la tasa tanto si eran titulares de las correspondientes redes como cuando, no siendo titulares, lo eran de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

En el caso de autos, viendo VODAFONE desestimado su recurso en una de sus pretensiones capitales, interpuso recurso de casación ante este Tribunal Supremo.

En trance de resolver el recurso, esta Sala empezó a cuestionarse la compatibilidad de la Ordenanza fiscal impugnada con el Derecho comunitario, en particular con 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). Por ello, abandonando el criterio mantenido hasta entonces en la sentencia de esta Sección Segunda de 16 de febrero de 2009, decidió suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial al TJUE .

Y así, por providencia de 15 de abril de 2010 esta Sala acordó, con suspensión del señalamiento para votación y fallo y de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , oír a las partes y al Ministerio Fiscal por el plazo común de diez días sobre la procedencia de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial acerca de si 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), debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permita 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.

Para el eventual caso de que se estimase compatible esa exacción con el artículo 13 de la Directiva autorización, las partes debían manifestarse sobre la oportunidad de preguntar al Tribunal de Justicia si las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida en este recurso satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto demanda, así como si este último tiene efecto directo.

"Vodafone España S.A.", reiterando lo ya señalado en la instancia y con ocasión del escrito de interposición del recurso de casación, solicitó el planteamiento de la cuestión.

El Abogado del Estado, al que se acordó oír por Providencia de 6 de septiembre de 2010, evacuó dicho trámite exponiendo que no consideraba necesario que se acudiese al Tribunal de Justicia de la Unión con el planteamiento de la cuestión.

Finalmente, el Ministerio Fiscal consideró procedente su planteamiento.



OCTAVO.- Esta Sala y Sección, teniendo en cuenta que el Ordenamiento Jurídico comunitario prima sobre el español y que la exégesis última del precepto de la Directiva comunitaria aplicable en la materia de tasas de telefonía móvil – art. 13 de la Directiva 2002/20/CE – corresponde al TJUE conforme al reparto de competencias jurisdiccionales diseñado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 267), acordó, en Auto de 28 de octubre de 2010, someter al Tribunal de Justicia de la Unión la cuestión prejudicial 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?.

NOVENO.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea , Sala Cuarta, dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2012 (en los asuntos acumulados C-55/11 , 57/11 y 58/11) en la que declaró improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas 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".

En su virtud, los Ayuntamientos solo podrán cobrar tasas municipales por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público municipal a los operadores de redes de telecomunicaciones titulares de instalaciones pero no a los operadores interconectados o con derechos de acceso que se limiten a usar las instalaciones de otras empresas para prestar sus servicios.

"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".

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (en este sentido las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C 397/01 a C 403/01, Rec. p. I 8835, apartado 103; de 17 de julio de 2008, Arcor y otros, C 152/07 a C 154/07, Rec. p. I 5959, apartado 40, y de 24 de enero de 2012, Domínguez, C 282/10, Rec. p. I-0000, apartado 33).

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 17 de julio de 2012 se acordó poner de manifiesto dicha sentencia a las partes personadas para que manifestasen lo que a su derecho conviniese sobre la incidencia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia para la resolución del recurso de casación planteado.

Al evacuar dicho trámite, "Vodafone" solicitó que se dictase sentencia que declare que: "1) los artículos 20 , 23 y 24 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales vulneran lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2002/20 , que goza de efecto directo, y deben resultar inaplicados de acuerdo con lo resuelto en el punto 1) del fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída el pasado 12 de julio de 2012 en los asuntos acumulados C-55/11 , 57/11 y 58/11, Vodafone España y otros; y 2) la Ordenanza objeto de impugnación en el presente recurso resulta nula de pleno Derecho por vulnerar la normativa comunitaria antes referida".

UNDÉCIMO.- Por providencia de 1 de octubre de 2012 se señaló para su votación y fallo el día 10 de octubre de 2012, fecha en la que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó, quien expresa el parecer de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia hoy recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 12 de junio de 2009, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Vodafone España, S.A." contra la Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Santa Amalia, declarando la nulidad del artículo 5 de la misma, que regula la base imponible y la cuota tributaria en lo referente a los servicios de telefonía móvil.

SEGUNDO.- 1. A la hora de abordar el análisis crítico de los motivos de casación formulados por VODAFONE contra la sentencia de 12 de junio de 2009 de la Sala de lo Contencioso -Administrativo de Extremadura conviene comenzar por el examen del séptimo y último motivo en el que se plantea el núcleo de la cuestión capital que aquí nos convoca: la adecuación al Derecho Comunitario de la Ordenanza del Ayuntamiento de Santa Amalia.

VODAFONE denuncia las siguientes vulneraciones que produce la Ordenanza impugnada en los artículos 12 y 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).

Vulnera los artículos 12 y 13 de la Directiva de autorización en la medida en que dichos preceptos no permiten someter a gravamen la utilización por las operadoras de telefonía móvil de redes de titularidad de terceros operadores, aunque tales redes se encuentren instaladas en propiedad pública de titularidad de ayuntamientos, o por encima o por debajo de la misma. Dado que el artículo 3 de la Ordenanza contempla como sujetos pasivos de la tasa a los operadores que utilicen redes ajenas, ya sea por disponer de derechos de uso, acceso o interconexión, se infringe mandato contenido en la norma comunitaria.

El artículo 13 de la Directiva de autorizaciones no permite establecer cánones cuya finalidad no responda al uso óptimo de los recursos, principio que resulta vulnerado en la medida en que la Ordenanza no justifica en modo alguno que su exacción responda a dicho uso óptimo (aspecto que ni tan si quiera se plantea), produciéndose, además, las siguientes vulneraciones:

-Se infringe el principio de no discriminación, en tanto que: (i) grava a las operadoras de telefonía móvil con iguales criterios que a las operadoras de telefonía fija, cuando el grado de uso del dominio público local realizado por aquéllas es muy inferior al realizado por éstas últimas; (ii) grava a las operadoras de telefonía móvil y no a otros propietarios de redes de telecomunicaciones, cuando éstos incurren también en el hecho imponible de la tasa; y (iii) grava a las operadoras de telefonía móvil que prestan sus servicios en España y no a otras operadoras de telefonía móvil que operan en otros Estados miembros o en países terceros, cuando éstas últimas obtienen también un aprovechamiento especial del dominio público local.

-La tasa impugnada no está justificada objetivamente, al estar basada su cuantificación en el volumen de ingresos de las operadoras de telefonía móvil obtenidos en el municipio.

-Infringe el principio, de proporcionalidad, en tanto que: (i) se exige con independencia del uso real que las operadoras de telefonía móvil realizan del subsuelo; (ii) se exige con independencia del valor normal de mercado de la ocupación efectiva realizada del dominio público local, el cual sirve de límite al importe del canon; (iii) se exige mediante el sistema de declaración que deben presentar las operadoras de telefonía móvil con carácter trimestral en cada municipio, lo que les hace incurrir en unos costes inasumibles para las mismas, mientras que si se instrumenta su pago mediante el sistema de liquidación administrativa, los ayuntamientos no sufrirían carga administrativa alguna.

-Infringe el principio de transparencia, al no haber respetado la Ordenanza el mecanismo de publicidad establecido en el artículo 15 de la Directiva, cuya finalidad es la de permitir a los proveedores de servicios, a los consumidores y a otras partes interesadas acceder fácilmente a la información relativa a los cánones establecidos en materia de instalación de recursos. Dado que la infracción denunciada afecta especialmente a las operadoras de telefonía móvil residentes en otros Estados miembros, se está permitiendo la exigencia de una tasa que infringiría también desde esta perspectiva el principio de no discriminación y el principio de libertad de establecimiento.

No obstante lo expuesto, la sentencia de instancia confirma la adecuación de la Ordenanza impugnada a los preceptos comunitarios citados, salvo en lo que se refiere al método de cuantificación. Este análisis lo acomete fundamentalmente en su fundamento jurídico décimo, en el que confirma la facultad de la Administración local para imponer tasas a los operadores de telefonía móvil por la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local.



Adicionalmente, en el fundamento jurídico undécimo –puesto en relación con el decimosegundo y décimotercero– la Sala de instancia analiza la posibilidad de exigir a los operadores de telefonía móvil la tasa por la utilización de redes ajenas sobre la base de que dicha posibilidad no está permitida al amparo del artículo 24.1.a) del TRLHL, puesto que, al contrario de lo que sucede en el artículo 24.1.c) del mismo Texto Refundido, en aquél precepto no se contempla esa posibilidad de gravar el uso de redes de las que el posible sujeto pasivo de la tasa no sea el titular.

En definitiva, el análisis que efectúa el Tribunal de instancia de la adecuación de la Ordenanza impugnada al Derecho comunitario produce, a juicio de VODAFONE, la vulneración de los artículos 12 y 13 de la Directiva de autorizaciones.

2. Para dar una respuesta al recurso que hoy nos convoca y analizar la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia, es necesario hacer una referencia al marco normativo aplicable en sus aspectos fundamentales.

Para ello, hemos de partir del contenido de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización. Tales preceptos señalan lo siguiente:

"Artículo 12. Tasas administrativas

1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y

b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados.

Artículo 13. Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos

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)". Conforme a este precepto, los hechos u objetos susceptibles de canon son tres: el uso de radiofrecuencias, la asignación de números y el reconocimiento de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada.

3. En la cuestión prejudicial que este Tribunal formuló al Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuérdese que la primera pregunta que se planteaba era la de si el artículo 13 de la Directiva autorización debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permita 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 usen para prestar servicios de telefonía móvil.

Y en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia ha puesto 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 de la Unión Europea 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).

En este apartado, el TJUE, ampliando a la Directiva 2002/20/CE lo ya dicho para la Directiva 97/13/CE, acepta que la Directiva de autorización se configura como una directiva de máximos, de modo que en el marco de dicha directiva, 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. El marco común que la Directiva pretende instaurar carecería de eficacia si los Estados miembros pudieran determinar libremente las cargas fiscales que deben soportar las empresas del sector.

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".

En aplicación de esta doctrina habrá que entender que sólo los operadores de telefonía móvil quedarán liberados del pago de la tasa municipal cuestionada; no así, el resto de operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, televisión, servicios de datos...). El alcance de la sentencia de 12



de julio de 2012 del TJUE se limita a la telefonía móvil, pues sólo sobre la misma versaba la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo y sólo a este tipo de telefonía se refiere la sentencia

3. 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.**

4. Las sentencias prejudiciales del TJUE tienen efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, que ha de atenerse al criterio del Tribunal comunitario y en su virtud aplicarlo para cerrar el razonamiento jurídico que permita la resolución final del asunto planteado.

La interpretación que concreta la sentencia del TJUE por la vía del artículo 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no tiene efectos de cosa juzgada sino de cosa interpretada por vía prejudicial pero de manera objetiva y abstracta.

Sus efectos son erga omnes y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma –en el caso de autos, la Directiva autorización– entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. La doctrina expuesta ha sido desarrollada en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77) en la que se señala que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos.

TERCERO.- A la vista de lo que antecede procede estimar este motivo de casación, lo que conlleva, a su vez, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, con la consiguiente anulación de los siguientes preceptos de la Ordenanza impugnada del Ayuntamiento de Santa Amalia:

a) Del artículo 2.2 en cuanto incluye dentro 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 aquellos elementos a las que implícitamente se refiere el artículo 2.2 de la Ordenanza en el inciso final "con independencia de quién sea el titular de aquéllas" (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 3.2 en cuanto atribuye la consideración de sujeto pasivo de la tasa de telefonía móvil 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 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.

CUARTO.- 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.

Es de recordar en este punto que la Sala de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por VODAFONE, anulando el artículo 5 de la Ordenanza, 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 esta cuestión.

QUINTO.- La estimación del último motivo de casación formulado por VODAFONE hace innecesario el análisis de los restantes.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las **costas** de este recurso de casación ni sobre las originadas en la instancia.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 12 de junio de 2009, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso núm. 505/2008, 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 Santa Amalia.

SEGUNDO.- 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.

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 se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- Emilio Frías Ponce.- José Antonio Montero Fernández.- Ramón Trillo Torres.-

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, **D. Juan Gonzalo Martínez Micó**, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.