



Roj: **STSJ CL 754/2016 - ECLI:ES:TSJCL:2016:754**

Id Cendoj: **47186330032016100102**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **19/02/2016**

Nº de Recurso: **679/2015**

Nº de Resolución: **257/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/ADVALLADOLID
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
Sala de lo Contencioso-administrativo de
VALLADOLID

Sección Tercera

SENTENCIA: 00257/2016

N11600

N.I.G: 47186 33 3 2015 0003292

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000679 /2015

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De ORANGE ESPAGNE S.A.

ABOGADO D. ANTONIO-MANUEL PUENTES MORENO

PROCURADORA D.ª MARIA ROSARIO ALONSO ZAMORANO

Contra AYUNTAMIENTO DE PALACIOS DE SANABRIA

ABOGADO D. ELOY SAMPEDRO BAÑADO

PROCURADOR D. JORGE RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a diecinueve de febrero de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 257/16

En el **recurso contencioso-administrativo núm. 679/15** interpuesto por **la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A.** , representada por la Procuradora Sra. Alonso Zamorano y defendida por el Letrado Sr. Puentes Moreno, contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria reguladora de la tasa por utilización privativa o



aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, cuya aprobación definitiva se publicó en el B.O.P. de Zamora número 65 del día 22 de mayo de 2015, siendo parte demandada **el AYUNTAMIENTO DE PALACIOS DE SANABRIA (Zamora)**, representado por el Procurador Sr. Rodríguez-Monsalve Garrigós y defendido por el Letrado Sr. Sanpedro Bañado, sobre Haciendas locales.

Ha sido **ponente** el Magistrado don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 22 de julio de 2015 la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, cuya aprobación definitiva se publicó en el B.O.P. de Zamora número 65 del día 22 de mayo de 2015.

SEGUNDO.- Por interpuesto y admitido el presente recurso y recibido el expediente administrativo, la parte actora dedujo en fecha 13 de octubre de 2015 la correspondiente demanda en la que solicitaba -incluyendo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el supuesto de que la Sala albergue alguna duda sobre la incompatibilidad denunciada de la Ordenanza fiscal con las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/19/CE- se dicte sentencia por la que se anule la disposición normativa de carácter general.

TERCERO.- Una vez se tuvo por deducida la demanda, confiriéndose traslado de la misma a la parte demandada para que contestara en el término de veinte días, mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento de Palacios de Sanabria se opuso a las pretensiones actoras solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Contestada la demanda se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, denegándose el recibimiento del proceso a prueba por ser innecesaria la propuesta por la actora, presentando las partes sus respectivos escritos de conclusiones, quedando las actuaciones en fecha 29 de enero de 2016 pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el día 18 de febrero de 2015.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), aunque no los plazos en ella fijados dado el volumen de trabajo y la pendencia que existe en la Sala. El orden de despacho y decisión de este proceso resulta de dar cumplimiento al artículo 66 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Disposición impugnada y pretensiones de las partes.

Es objeto del presente recurso la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, cuya aprobación definitiva se publicó en el B.O.P. de Zamora número 65 del día 22 de mayo de 2015.

La mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A., en esencia, alega en la demanda la vulneración del Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico interno del que aquél forma parte, así como de la jurisprudencia comunitaria al no respetar los principios que deben regir la normativa (incluida la tributaria) reguladora del sector de las telecomunicaciones, al autorizar los artículos 2 y 3 de la Ordenanza impugnada, en contra de las imposiciones del Derecho comunitario, el establecimiento a las operadores de una tasa con independencia de que ocupen o no dominio público, cuando sin embargo las Directivas únicamente permitirían gravar a los titulares de las redes por ser los únicos que realizan una ocupación efectiva del dominio público - STJUE de 12 de julio de 2012, cuyas conclusiones entiende aplicables tanto en el ámbito de la telefonía móvil como fija- y, además, por no responder su cuantificación -que se fija en el 1,5% de los ingresos brutos- al uso óptimo de las redes de telecomunicaciones, finalidad u objetivo que exige expresamente el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, infringiendo, en todo caso, los principios de transparencia, no discriminación, justificación y proporcionalidad.

El Ayuntamiento de Palacios de Sanabria invoca la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 45.2.d) de la LJCA por ausencia del acuerdo societario para recurrir y, en cuanto al fondo del asunto, se opone a la demanda



alegando la falta de legitimación de la recurrente, compañía de telefonía móvil, habida cuenta que el artículo 2 de la Ordenanza excluye expresamente de su ámbito a la telefonía móvil, ni nunca ha abonado como tal una tasa por este concepto, no siendo Orange titular de ninguna red en el municipio y no habiendo sido requerida jamás para que abone la tasa; y que en cuanto a la justificación de la tasa del 1,5% es la regulada en el artículo 24 del TRLRHL, y así aparece justificado en el informe técnico económico realizado por la Sra. Secretaria del Ayuntamiento, en el que se vuelve a incidir en que no será aplicable a las empresas de telefonía móvil.

SEGUNDO.- Sobre el acuerdo societario para recurrir, y sobre la legitimación activa de la demandante: concurrencia.

Ambos alegatos de inadmisión y oposición a la demanda han de correr suerte desestimatoria, y es que:

a) Con el escrito de interposición del recurso la mercantil actora acompañó certificación del Vicesecretario del Consejo de Administración de fecha 8 de junio de 2015 haciendo constar su decisión de interponer el recurso para la que se encontraba facultado con arreglo a lo previsto en el artículo 20 Bis de los Estatutos Sociales, que también aportó. Y

b) El artículo 2 de los Estatutos Sociales describen el objeto social de la compañía como "El desarrollo, implantación, gestión, prestación, comercialización, distribución y explotación, bajo cualquier forma, de toda clase de servicios de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas...", entre los que, por tanto, se incluyen, o pueden incluirse, los servicios de telefonía fija a los que sí afecta expresamente la Ordenanza impugnada, como seguidamente veremos.

TERCERO.-Sobre la vulneración del Derecho de la Unión Europea: Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002; STJUE de 12 de julio de 2012 . SSTS de 10 y 15 de octubre de 2012 . Estimación parcial: nulidad de los preceptos impugnados.

De la demanda se deduce que los preceptos impugnados son los siguientes:

- Artículo 2º, sobre Hecho imponible: " *El hecho imponible está constituido por la utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, tales como los suministros de agua, gas, electricidad, telefonía fija y otros análogos, quedando excluida la telefonía móvil.*

Esta tasa es compatible con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las mencionadas empresas deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, quedando excluida por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales".

- Artículo 3º, sobre Sujeto pasivo: " *Son sujetos pasivos de esta tasa, todas las personas físicas o jurídicas titulares de las empresas explotadoras de servicios de suministros descritas en el artículo anterior, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas.*

Entre las empresas explotadoras de los servicios se entienden incluidas las empresas distribuidoras y comercializadoras de estos " .

- Artículo 5º, sobre Base imponible: " *La base imponible estará constituida por los ingresos brutos, determinados con arreglo a lo establecido en el artículo 24.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales " .*

- Artículo 6, sobre Tipo y cuota: " *La cuantía de la tasa regulada en esta ordenanza se determina aplicando el tipo impositivo del 1,5% a la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 " .*

Así las cosas, en nuestra Sentencia de veinte de noviembre de dos mil quince, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 154/15 interpuesto por la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A., contra una Ordenanza fiscal similar del Ayuntamiento de Villadepera (Zamora) publicada en el B.O.P. de Zamora número 151 del día 26 de diciembre de 2014, efectuamos las siguientes consideraciones.

Sobre el alegato relativo a la posible vulneración del Derecho y doctrina judicial de la Unión Europea debemos traer a colación la conocida STS de 10 de octubre de 2012 dictada en el recurso de casación núm. 4307/2009 que se refiere a estas cuestiones en los siguientes términos: «... *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...

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".

"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 Supremo en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 que venimos reseñando continuó diciendo lo siguiente « 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:

"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...

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...».

Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2012 dictada en el recurso de casación núm. 1085/2010 referido a la Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela (Navarra) añadió que « 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 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".

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 ».

Dicha doctrina fue luego reproducida por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias de 7 de diciembre de 2012 -en relación con municipios de la Comunidad Valenciana -, 23 de noviembre de 2012 -municipios de la Comunidad Valenciana y Extremadura-, y 16 de noviembre de 2012 -Extremadura -, 18 y 25 de enero y 8 de febrero -Andalucía -, 15 y 22 de febrero de 2013 -Cataluña-, entre otras muchas. De entre las últimas dictadas podemos citar la STS de 10 de noviembre de 2014 recaída en el recurso de casación núm. 985/2014 interpuesto por "Vodafone España, S.A." contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 18 de febrero de 2013, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1081/2010 , interpuesto contra el Acuerdo de aprobación de la Ordenanza



fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Mijas (Málaga).

Antes de enjuiciar el efecto de tales pronunciamientos sobre la Ordenanza aquí impugnada conviene significar que en contestación a la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 17 de Barcelona en el recurso 273/2010 sobre " *1.- Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de la redes de telecomunicación. 2.- Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado* ", dicho Tribunal se pronunció por Auto de fecha 30 enero 2014 en los siguientes términos: « *El Derecho de la Unión debe interpretarse a la vista de la sentencia de 12 julio 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 marzo 2002, relativa a la utilización de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas (Directiva autorización), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, sin ser propietarios de dichos recursos* ».

Es cierto que la STJUE, en congruencia con los términos en que se plantearon las cuestiones prejudiciales, se refieren a la inexigibilidad del canon por derechos de instalación (o de mera utilización o explotación, según el Auto que la complementa) de recursos en una propiedad -en ese caso pública-, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, prestan servicios de telefonía móvil, entendiéndose las expresiones "recursos" e "instalación" como 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, y en este sentido la STS de 10 de octubre de 2012 señaló que « *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... ».

Ahora bien, estas reservas del Tribunal Supremo han de enmarcarse, como decimos, en el principio de congruencia en relación con la cuestión en aquel caso planteada por una empresa de telefonía móvil, mientras que, sin embargo, lo decisivo aquí es si la doctrina del TJUE es o no aplicable al resto de las comunicaciones electrónicas, incluidas las de telefonía fija.

Y al entender de la Sala, la Directiva 2002/20/CE se refiere a "la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas" sin excluir a ninguna -tampoco menciona la telefonía móvil-, de ahí que las previsiones sobre tasas administrativas y cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, reguladas en los artículos 12 y 13 sean plenamente aplicables al caso que nos ocupa y, por tanto, las consideraciones jurisprudenciales sobre tales preceptos también sean plenamente extrapolables a la telefonía fija, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de exigir el canon a quienes no sean titulares de las infraestructuras instaladas en el dominio público, como respecto a la cuantificación misma del gravamen, y es que:

a) De un lado, y en relación con la ocupación de la propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, el artículo 13 de la Directiva únicamente autoriza la imposición de un gravamen vinculado, primero, a la colocación o instalación física de las infraestructuras y, después, a su titularidad, por lo que no cabe entender amparado por dicho precepto un gravamen municipal como el cuestionado, que se configura al margen o con independencia de las infraestructuras físicas (" *con independencia de quien sea el titular de aquéllas* " ex artículo 2º.2 de la Ordenanza, sobre hecho imponible; y " *... como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas* " ex artículo 3º.2, sobre sujetos pasivos). Y

b) De otro, por cuanto 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, como en este caso -la base imponible se conecta con la " *cifra de ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal* "- 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", no siendo por tanto factible 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.

Hasta aquí las consideraciones de nuestra Sentencia de 20 de noviembre de 2015 recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 154/15, plenamente aplicables al caso que nos ocupa, y que determinan la estimación parcial de la demanda por cuanto no se anula la totalidad de la Ordenanza impugnada sino solo en lo que se refiere a las empresas de telefonía fija en los apartados sobre sujetos pasivos y base imponible y cuota a que nos hemos referido.

TERCERO.-Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, no procede la imposición de las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A., contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, cuya aprobación definitiva se publicó en el B.O.P. de Zamora número 65 del día 22 de mayo de 2015, anulando por su disconformidad con el ordenamiento jurídico en lo que se refiere a las empresas de telefonía fija el artículo 3º, sobre sujeto pasivo ("*... como si lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas*"), y los artículos 5 y 6 en cuanto fijan la base imponible y cuota sobre la cifra de ingresos brutos, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales, dejando el original en el libro correspondiente.

Firme que sea esta sentencia, publíquese con arreglo a Derecho en el Boletín Oficial de la Provincia de Zamora.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de diez días, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.