

Roj: **STS 4863/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4863**Id Cendoj: **28079130022016100438**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **2**Fecha: **04/11/2016**Nº de Recurso: **2758/2015**Nº de Resolución: **2366/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 8254/2015,**
STS 4863/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto el **recurso** de casación n.º **2758/2015** interpuesto por el Ayuntamiento de Güejar Sierra (Granada), representado por procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, bajo la dirección letrada de D.ª Mercedes Gonzalo, contra la sentencia de 25 de mayo de 2015, de la **Sección Segunda**, de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sede en Granada-, en el **recurso** contencioso-administrativo núm. 150/2014. Ha sido parte recurrida la entidad Vodafone España, S.A., representada por la procuradora D.ª María Jesús Gutiérrez Aceves, bajo la dirección letrada de D.ª Elena Isabel Martínez Pastor.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el **recurso** contencioso-administrativo n.º 150/2014, seguido en la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sede en Granada-, con fecha 25 de mayo de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO. Estimamos el **recurso** contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Vodafone España, S.A., contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Güejar Sierra, de fecha 29 de octubre de 2013, elevado a definitivo al no presentarse reclamaciones contra el mismo, por el que se aprueba la modificación de la ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para prestación de los mismos, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada del 19 de diciembre de 2013. Declaramos la nulidad de los artículos 2.b), 3 y 4.b). Sin empresa imposición de las costas del **recurso**».

Esta sentencia fue notificada a la procuradora D.ª Isabel Aguayo López, en nombre y representación del Ayuntamiento de Güejar Sierra, el día 2 de junio de 2015.

SEGUNDO.- La procuradora D.ª Isabel Aguayo López, en nombre y representación del Ayuntamiento de Güejar Sierra, presentó escrito de preparación del **recurso** de casación con fecha 15 de junio de 2015, en el que manifestó su intención de interponerlo con sucinta exposición del cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad.

Por decreto de fecha 23 de julio de 2015, se acordó tener por preparado el **recurso** de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.



TERCERO.- El procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación del Ayuntamiento de Güejar Sierra, presentó con fecha 1 de septiembre de 2015, escrito de formalización e interposición del **recurso** de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló los motivos que estimó pertinentes, esto es:

1º) El primer motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización), infracción de los artículos 20, 24.1.a) y 25 del RDL 2/2004 que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y de la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en relación al hecho imponible, la cuantía y la justificación de la cuota tributaria de la Tasa por utilización o aprovechamiento especial del Dominio Público.

2º) El segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 61 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público en relación al artículo 105 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local.

3º) El tercer motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 79 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, artículo 350 del vigente Código Civil en relación con el artículo 5 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas junto a los artículos 1 a 8 y 74 y siguientes del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala «dicte sentencia casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada en derecho, en los términos que esta parte tiene interesados y en especial declare ajustado a derecho el artículo 2.b), 4.1.b) y 4.3.b) de la Ordenanza reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para la prestación de los mismos del Ayuntamiento de Güejar Sierra».

CUARTO.- La procuradora D.ª María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de la entidad Vodafone España, S.A., compareció y se personó, en concepto de parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 1 de febrero de 2016, admitir a trámite el presente **recurso** de casación y remitir las actuaciones a la Sección Segunda de conformidad con las normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del **recurso** de casación, a procuradora D.ª María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de la entidad Vodafone España, S.A., parte recurrida, presentó con fecha 15 de abril de 2016, escrito de oposición al **recurso**, formulando las alegaciones que consideró convenientes a su derecho, esto es, el único argumento utilizado por la recurrente en su escrito de interposición para justificar la infracción por la sentencia de instancia de los preceptos señalados en los motivos de casación es que, en opinión del Ayuntamiento, la normativa interna y comunitaria permite gravar a las empresas operadoras de telefonía móvil por el hecho de que los portadores de los teléfonos móviles puedan llegar a utilizar puntualmente los servicios de las operadoras al mismo tiempo que se pueden encontrar transitoriamente en dominio público local. Esta parte considera que dicho razonamiento no se ajusta ni a la normativa comunitaria ni al propio Derecho nacional, toda vez que el hecho imponible regulado en la letra b) del artículo 2 de la Ordenanza controvertida, que grava el uso o la utilización del dominio público que, en su caso, pudieran incidentalmente realizar los clientes de los operadores de telefonía móvil, en ningún caso queda amparado por la doctrina del Tribunal Europeo, pues de nuevo se pretende gravar a compañías que prestan servicios de telefonía móvil sin tener en cuenta que no son titulares de redes instaladas en dominio público local. De hecho, el citado artículo señala expresamente que quedarán gravadas las operadoras por el uso o la ocupación que realicen sus clientes «con independencia de si tienen éstas o no instalaciones fijas gravadas con la letra a)», letra que gravaría precisamente la titularidad de las instalaciones o infraestructuras. Por ello, el hecho imponible regulado en el artículo 2 apartado b) de la Ordenanza impugnada, resulta manifiestamente ilegal, en la medida en que el mismo contraviene tanto la normativa interna como la doctrina del TJUE acogida y ratificada por el Tribunal Supremo, pues pretende gravar a las compañías de telefonía móvil que, sin ser titulares de las redes instaladas, las utilizan para prestar servicios, y las gravan excusándose en la ocupación del dominio público local que pudieran realizar sus clientes cuando reciben dichos servicios (y no en la ocupación efectiva realizada por las operadoras). Así pues, y de conformidad con la conclusión que alcanza la sentencia de instancia en su Fundamento de Derecho Tercero, resulta obligatorio considerar contraria a Derecho la Ordenanza debatida así como cualquier liquidación girada a su amparo. Para la sentencia de instancia no cabe duda, tras el análisis de las pruebas y del hecho imponible y método de cuantificación, que la Ordenanza grava el espectro radioeléctrico, lo que debe conllevar la inmediata desestimación del presente



recurso de casación, con confirmación de la sentencia recurrida; suplicando a la Sala «dicte sentencia por la que desestime íntegramente el **recurso** de casación y confirme la doctrina mantenida por la sentencia impugnada, imponiendo las costas al recurrente».

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del **recurso**, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el 2 de noviembre de 2016, fecha en la que tuvo lugar el acto.

OCTAVO.- Con fecha 3 de noviembre de 2016, la presente sentencia pasa a la firma de los Excmos. Señores que conforman la Sección Segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del **recurso**.

Es objeto del presente **recurso** de casación la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, de fecha 25 de mayo de 2015, estimatoria del **recurso** contencioso administrativo deducido contra acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Güejar Sierra, de fecha 29 de octubre de 2013, por el que se aprueba la modificación de la ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para prestación de los mismos, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada del 19 de diciembre de 2013; declarando la nulidad de los arts. 2.b), 3 y 4.b).

En lo que ahora interesa, conviene dejar constancia que la impugnación versó sobre tres artículos de la expresada Ordenanza:

«I) " Artículo 2.º- Hecho imponible:

El hecho imponible de la tasa consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, que en el desarrollo de su actividad lleven a cabo los sujetos pasivos, posibilitando la transmisión y recepción de información a distancia tanto de datos como de voz o imagen, disponible al público en general, en los supuestos siguientes:...

b) El uso u ocupación del suelo o vuelo del dominio público local por clientes receptores de los servicios de las empresas operadoras de las telecomunicaciones, con independencia de si tienen éstas o no instalaciones fijas gravadas con la letra a) anterior, y que operen mediante el uso de radiofrecuencias para la emisión de ondas de radio que posibiliten las telecomunicaciones, las cuales llegan a aparatos terminales transceptores o denominados teléfonos móviles o desde móviles a otros receptores, consideradas comunicaciones, intercomunicaciones o interconexiones ya sean de datos, de voz, imagen o todos ellos, que necesariamente llegan o salen de los aparatos de telefonía móvil, cuyos usuarios ocupan o pueden ocupar suelo del dominio público municipal ".

II) "Artículo 3.º Sujeto pasivo.

Están obligados al pago de la tasa regulada por esta ordenanza las empresas propietarias de infraestructuras aptas para el desarrollo en el municipio o propicien telecomunicaciones, especialmente el de telefonía móvil que ahora se regula, y también aquellas empresas que se hallen autorizadas para operar o posibilitar el sistema de telefonía móvil como explotadoras o prestadoras de servicios de comunicaciones, las cuales deben llevar a cabo cualquier forma del hecho imponible de la tasa, y siempre que se hallen autorizadas y registradas, conforme a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

La empresa "Telefónica de España, S.A.U.", a la cual cedió Telefónica S.A., los diferentes títulos habilitantes relativos a servicios de telecomunicaciones básicas en España, no deberá satisfacer la tasa porque su importe queda englobado en la compensación del 1,9 de sus ingresos brutos que satisface a este Ayuntamiento.

Las restantes empresas del "Grupo Telefónica", están sujetas al pago de la tasa calculada en esta ordenanza. En particular, Telefónica Móviles España, S.A., está sujeta a la tasa, en los términos regulados en el artículo 5 de la presente ordenanza."

III) " Artículo 4.º Base imponible y cuota tributaria:

1.- La base imponible vendrá determinada por la cuantificación y fijación del aprovechamiento especial del dominio público local, de los servicios de comunicación y en especial de telefonía móvil, con las correspondientes infraestructuras o **recursos**, para cuyo cálculo a que obliga el art. 24 apartado a) y en especial las operadoras de telefonía móvil que se hallan expresamente excluidas de la tasa indiciaria del apartado c) del art. 24.1 del TRLRL, se cuantifica la presente tasa "con carácter general, tomando como referencia el valor



que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público..." y sigue... "las ordenanzas podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada", por lo que se ha estimado adecuado la aprobación de las cuotas tributarias que se incluyen en la presente ordenanza conforme al Estudio Técnico-Jurídico-Económico o memoria que precede a esta ordenanza, contemplada en el artículo 25 del TRLHL, que forma parte del expediente, a partir de lo siguiente:...

B) Para los supuestos del art. 2.º núm. 2 de la presente ordenanza, en el valor de la utilidad, se tendrá en cuenta que el dominio lo constituye a tenor del artículo 350 del Código Civil común, la franja del suelo, subsuelo y vuelo de los terrenos afectados, en este caso de dominio público local existentes en el municipio que pueden ser utilizados o aprovechados especialmente por cualquier persona por su carácter de dominio público, a los que llega la entrada o salida de las ondas electromagnéticas o las señales de comunicación.

Partiendo del valor de dicho suelo de dominio público local, por el que discurren o pueden discurrir los abonados a empresas de telecomunicaciones, a cuyos terminales llegan o salen las ondas de radio o de otro tipo de comunicaciones y por ende el vuelo del mismo conforme a los criterios catastrales.

La base imponible vendrá determinada por la siguiente fórmula: Base imponible = SDPLA x VSM x CUC.

Donde:

SDPLA: Es la superficie del dominio público local en suelo urbano apto para ser utilizado o aprovechado por quienes disponen de aparatos de telefonía móvil, que proviene de considerar como tal el 10% del total del suelo urbano, equivalente a las cesiones obligatorias, conforme a la normativa sobre ordenación urbanística y del suelo.

VSM: Es el valor medio del suelo en el municipio calculado por m² entre el suelo urbano y el rústico, dado que las ondas de telefonía no diferencia uno y otro terreno.

CUC: Es el coeficiente por uso compartido del espacio o vuelo por el que transcurren las ondas, no solo de telefonía móvil sino de otro tipo distinto de comunicaciones de audio o de video, TV etc..., coeficiente que se ha establecido en el presente Informe en el 0,5".

3.- Cuota tributaria anual para cada operadora en el municipio (CTAO):... B) Para los supuestos del artículo 2, núm. 2 de la presente ordenanza la cuota tributaria que corresponde a cada sujeto pasivo se obtendrá partiendo del número de líneas de móvil abonadas a la operadora en el municipio, según dato que deberá facilitar cada una de ellas conforme a las obligaciones impuestas por la Ley General Tributaria, con referencia al número de habitantes, conforme a la siguiente fórmula:

CTAO = CTTA x NLO/NH

Donde:

CTTA: Cuota tributaria total anual.

NLO: Número de líneas de cada operadora.

NH: Número de habitantes del municipio. "».

Entrando en el análisis de los referidos artículos, la Sala de instancia consideró que «A la vista de lo expuesto se comprenden las dudas que genera en la mercantil recurrente la exacta determinación del hecho imponible impugnado -no el referido a las instalaciones o infraestructuras del apartado a) del artículo 2º-, pues aparte de que la Ordenanza emplea indistintamente los conceptos de uso u ocupación y de suelo y vuelo del dominio público local, unas veces se refiere a dicha ocupación por los propios clientes de las operadoras, y otras al uso por estos de sus teléfonos móviles, o a la explotación misma por la operadoras de telefonía móvil, o, en fin, al aprovechamiento especial del dominio público por la ondas radioeléctricas que circulan por el espacio.

Así pues, de lo hasta aquí expuesto y del tenor literal del artículo 2º b) de la Ordenanza parece deducirse que el hecho imponible de la tasa vendría dado por el aprovechamiento especial que del vuelo del dominio público local -espacio aéreo situado sobre calles, plazas, parques y demás vías y caminos públicos- obtienen las operadoras de telefonía móvil por el mero hecho de tener clientes abonados a líneas de móvil en el municipio, y ello bajo los presupuestos de que la telefonía móvil conlleva necesariamente el tránsito indiscriminado de ondas radioeléctricas por el espacio aéreo (vuelo) y de que los abonados portadores de sus móviles transitan u ocupan, o pueden transitar u ocupar, el suelo municipal».

A la alegación de la parte demandante 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 y SSTS de



10 y 15 de octubre de 2012, contesta la Sala de instancia recordando los términos en que se pronunciaron el TJUE y el Tribunal Supremo, y después de recordar los argumentos utilizados por las partes, concluye en el sentido de que «En definitiva, 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 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 y que, en realidad y puesto que es notorio que los usuarios/clientes en algún momento transitarán por las calles, parques o plazas, se establece como un canon del sistema puro de telefonía móvil, es decir, un gravamen que recaería sobre la actividad misma que posibilita la emisión de ondas de radio que circulan por el espacio».

Siendo lo anterior suficiente para estimar la pretensión de la parte demandante, a criterio de la propia Sala de instancia, sin embargo entra a dilucidar el resto de cuestiones que habían sido objeto de atención en el debate. Así respecto del supuesto aprovechamiento especial del dominio público sobre el que recae el gravamen se señala que «Es decir, en términos similares a los que sirven de interpretación al artículo 13 de la Directiva, el aprovechamiento especial del vuelo del dominio público local que contempla el TRLRHL se conecta inexcusablemente a su ocupación física mediante la instalación o colocación material de los elementos descritos u otros análogos, y no desde luego al que resultaría de la utilización intangible por las ondas de radio del espacio aéreo situado sobre el suelo del dominio público local. Si a todo ello unimos que la ocupación por los clientes/usuarios del suelo del dominio público municipal mientras transitan o caminan por las calles, plazas o parques -con o sin sus móviles, los utilizan o no- se configura como un supuesto de uso común general de los bienes de dominio público ex artículo 75.1º a) del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, por ser el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente en cuanto que el uso de unos no impide el de los demás, sin concurrencia por otro lado de circunstancias especiales -ni siquiera la singular y transitoria que corresponde por ejemplo a la utilización de los cajeros automáticos-, tratándose pues de un uso que se ejerce libremente ex artículo 76, es claro que no cabe apreciar ninguna suerte de aprovechamiento especial del vuelo por las operadoras de telefonía móvil (sujetos pasivos de la Ordenanza), ni directamente ni a través de sus clientes, en los términos en los que en la actualidad y con arreglo al propio TRLRHL cabe concebir el vuelo sobre el suelo como integrante del dominio público local».

Por último, la sentencia también analiza la posible doble imposición denunciada, para terminar afirmando que «Es precisamente la reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico lo que configura el hecho imponible de la tasa estatal, la cual, a su vez, se identifica cabalmente con el aprovechamiento por las operadoras de telefonía móvil del espacio radioeléctrico -impropiamente denominado por la Ordenanza como vuelo del dominio público local- que el Ayuntamiento demandado pretende gravar, y ello hasta el punto de que la tasa estatal expresivamente incluye como uno de los parámetros para su cuantificación "e) El valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado", -parafraseando al TRLRHL-, que no es otro que el dominio público radioeléctrico de titularidad estatal, en función, además, de los kilómetros cuadrados del territorio nacional a los que se extiende la reserva, con lo que sin duda se produciría una doble tributación del mismo hecho imponible, consideraciones que nos llevan, como ya se anticipó, a la íntegra estimación de la demanda, obviando el enjuiciamiento del cálculo de la base imponible por estimarse ya de todo punto innecesario».

SEGUNDO.- *Antecedentes y reiteración de la polémica ya resuelta por este Tribunal Supremo en sentencia de 5 de julio de 2016, rec. cas. 554/2015.*

Este Tribunal Supremo en sentencia de 5 de julio de 2016, rec. cas. 554/2015, ha resuelto el **recurso** de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Cebrián de Castro (Zamora) y por la Federación Nacional de Asociaciones y Municipios con Centrales Hidroeléctricas y Embalses interpuesto contra la sentencia de 12 de enero de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, que estimó íntegramente el **recurso** contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Móviles España, S. A. (Sociedad Unipersonal) contra la Ordenanza Fiscal num. 15, Reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de Telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para prestación de los mismos, publicada en el B.O.P. de Zamora nº 150, de 13 de diciembre de 2013, declarando la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 b), 4.1 B) Y 4.3 B).

Es de hacer notar que el contenido de esta Ordenanza y la que nos ocupa son similares, al punto, por ejemplo, que la descripción del hecho imponible en una y otra es idéntica, y aún no coincidiendo las partes en ambos procesos los motivos de casación articulados por la parte recurrente en este **recurso** coinciden literalmente con los hechos valer en aquel. En definitiva, se reproduce una controversia en iguales términos a los que esta



Sala ha resuelto en la expresada sentencia, por lo que, dado que nada hay novedoso en este **recurso**, por elementales principios de seguridad jurídica, coherencia e igualdad, la resolución del presente pasa por reiterar y reproducir lo dicho en aquel, sin más que abundar e insistir en determinados aspectos.

Dijimos entonces que «1. Lo menos que tiene el hecho imponible de la Ordenanza impugnada es claridad y precisión, pareciendo desprenderse del articulado y de su exposición que lo que se pretende gravar es la emisión de ondas radioeléctricas de las empresas de telefonía móvil que transitan por el espacio - por el aire o atmósfera terrestre - que la Ordenanza incluye dentro del derecho de vuelo perteneciente al dominio público local del municipio, en los casos hipotéticos en que los clientes transitan a su vez por el dominio público local del municipio, en los casos hipotéticos en que los clientes transitan a su vez por el dominio público local y hacen uso de sus teléfonos móviles mientras dura ese tránsito.

En la Ordenanza impugnada el hecho imponible objeto de este **recurso** se detalla en el artículo 2º, letra b), que ha sido transcrito más arriba.

Con independencia de la confusión gramatical a que induce la literalidad del precepto, se observa en primer lugar que en el primer inciso de la letra b) se establece como hecho imponible: "el uso u ocupación del suelo o vuelo del dominio público local por clientes receptores de los servicios de las empresas operadoras de las telecomunicaciones..." Se está refiriendo al uso que del dominio público local hacen o pueden llegar a hacer los usuarios de telefonía móvil. Sólo por esto resulta ya improcedente la tasa que se pretende aplicar por la Ordenanza a las compañías de telefonía móvil, pues el hecho imponible no se refiere a un uso del dominio público local que las operadoras puedan hacer, sino al que pueden llegar a hacer los usuarios de la telefonía móvil. Es decir, que ese hipotético uso del dominio público local que pudieran llegar a realizar los usuarios de los servicios de telefonía móvil, no puede justificar de ninguna manera una tasa por utilización o aprovechamiento del dominio público local, imputable a las operadoras de telefonía móvil. Si además se atiende al modo de calcular la base imponible, que se hace en función del número de clientes de las compañías, pudiera ocurrir que se giren las liquidaciones por un hipotético uso que los clientes de las compañías puedan hacer del dominio público local, solo en función de la supuesta riqueza de las compañías por el hecho de disponer de clientes, sin que ni siquiera éstos hayan llegado a utilizar ni a aprovechar el dominio público local, ya que todo el método de valoración y la memoria técnico-económica se fundamentan en meras hipótesis, sin llegar en ningún momento a acreditar el aprovechamiento que se predica en el hecho imponible.

Siguiendo con la redacción del hecho imponible, se manifiesta que, aunque se refiere a los servicios de las empresas de telecomunicaciones, ello es "con independencia de si tienen éstas o no instalaciones fijas gravadas con la letra a) anterior)". Lo que quiere gravar la tasa, y así lo hace, es el hipotético aprovechamiento del dominio público local por las operadoras de

telefonía móvil, ya sean titulares o no de las infraestructuras que se puedan emplear para la prestación de sus servicios. Y en relación con esto, ha quedado muy claro, tanto en la Sentencia de 12.07.12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en numerosas sentencias de esta Sala, que imponer una tasa de este tipo en relación con los servicios de interconexión que pueden recibir las operadoras de telefonía móvil es contrario a la Directiva Autorización, si gravan a las operadoras que no son propietarias de esas infraestructuras.

El inciso final del párrafo analizado se refiere a "cuyos usuarios ocupan o pueden ocupar suelo del dominio público municipal". Si de lo que se trata es de gravar un determinado uso o aprovechamiento del dominio público local, que va a suponer un indudable efecto económico, lo menos que se puede exigir al hecho imponible es precisión. Y lo que menos tiene este hecho imponible es claridad y precisión.

A la vista de ello se comprenden las dudas que genera en TME la exacta determinación del hecho imponible impugnado -no el referido a las instalaciones o infraestructuras del apartado a) del artículo 2º-, pues aparte de que la Ordenanza emplea indistintamente los conceptos de uso u ocupación y de suelo y vuelo del dominio público local, unas veces se refiere a dicha ocupación por los propios clientes de las operadoras, y otras al uso por éstos de sus teléfonos móviles, o a la explotación misma por las operadoras de telefonía móvil, o, en fin, al aprovechamiento especial del dominio público por las ondas radioeléctricas que circulan por el espacio.

No obstante, de lo hasta aquí expuesto y del tenor literal del artículo 2º b) de la Ordenanza parece deducirse - como dice la sentencia recurrida - que el hecho imponible de la tasa vendría dado por el aprovechamiento especial que del vuelo-del dominio público local -espacio aéreo situado sobre calles, plazas, parques y demás vías y caminos públicos- obtienen las operadoras de telefonía móvil por el mero hecho de tener clientes abonados a líneas de móvil en el municipio, y ello bajo los presupuestos de que la telefonía móvil conlleva necesariamente el tránsito indiscriminado de ondas radioeléctricas por el espacio aéreo (vuelo) y de que los abonados portadores de sus móviles transitan u ocupan, o pueden transitar u ocupar, el suelo municipal».



Como se observa, ya en su día este Tribunal señaló la oscuridad de la definición del hecho imponible contenida en la Ordenanza que examinamos, que dificulta tremendamente su identificación. Con todo el Derecho Tributario se caracteriza por su autonomía, lo que otorga una gran libertad para definir los hechos imponibles, los presupuestos a los que se liga los efectos jurídicos tributarios que conlleva la sujeción al concreto tributo que se diseña; ahora bien cuando se configura el hecho imponible en atención a hechos ya juridificados por otras ramas del ordenamiento jurídico, sin que se altere sus caracteres identificadores, ha de estarse a la configuración jurídica ya delimitada por la rama del ordenamiento de los que procede.

En el caso que nos ocupa, si la Ordenanza define el hecho imponible en atención a «la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, que en el desarrollo de su actividad lleven a cabo los sujetos pasivos... El uso u ocupación del suelo o vuelo del dominio público local por clientes receptores de los servicios de las empresas operadoras de las telecomunicaciones»; sin alteración alguna de sus elementos característicos, habrá de estarse al contenido y efectos jurídicos que derivan de la regulación y delimitación que la rama del ordenamiento ha realizado de dicho hecho juridificado. Por tanto, si estamos ante dominio público de uso o aprovechamiento especial, habrá de estarse a las características básicas que identifica a dicha categoría, pues sólo de concurrir la operación jurídica contemplada en la configuración recogida en la norma, tendrá lugar el presupuesto jurídico que determina la sujeción al tributo, y la procedencia de girar la tasa. Recordar, además, que siguiendo la regulación que ofrece la Ley 33/2003, mientras que los bienes de dominio público de uso común, pueden usarse libremente, sin otras limitaciones que las derivadas de su propia naturaleza, sin necesidad de título habilitante alguno, puesto en su caso corresponde a todos; los de uso común especial, en cambio precisan para su utilización o aprovechamiento "título que lo autorice otorgado por la autoridad competente", art. 84 de la Ley 33/2003, (en relación con su Disposición Final Segunda) de suerte que el uso o aprovechamiento sin aquella está tipificada como infracción muy grave, art. 192.1.d) de dicha norma, lo que conlleva que el gravamen que se está imponiendo afecte directamente al correcto desarrollo del servicio prestado por las operadoras, al punto que el gravamen que se establece obedece más a las características propias de la figura tributaria del impuesto que a una tasa, y claro está, ha de coincidir con los pronunciamientos tanto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como de este Tribunal Supremo. En el caso que nos ocupa, por tanto será el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público el elemento objetivo que configura el hecho imponible y determina el nacimiento de la obligación. Lo que en modo alguno cabe es ignorar el significado y el régimen jurídico de utilización del dominio público de uso privativo o aprovechamiento especial que se prevé normativamente, y que en puridad constituye el hecho imponible de la tasa desconectando este del presupuesto que le sirve de base.

Lo cual así sucede, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia impugnada cuando recuerda que: «A este respecto no podemos olvidar que la Ordenanza impugnada pretende dictarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1 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 (TRLRHL), por el que se autoriza a las entidades locales a establecer tasas, en este caso, "por el aprovechamiento especial del dominio público local", cuyos sujetos pasivos ex artículo 23.1 a) son los "Que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular"; y son los supuestos concretos de aprovechamiento especial del vuelo o subsuelo del dominio público local que a título de ejemplo relaciona el artículo 20.3 del TRLRHL los que nos ponen de manifiesto el concepto, tangible, que el legislador atribuye a tales aprovechamientos como consecuencia, precisamente, de su ocupación física y material; así, el artículo 20.3 se refiere a la "...e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local... i) Instalación de rejas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos... j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada... k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos".

Es decir, en términos similares a los que sirven de interpretación al artículo 13 de la Directiva, el aprovechamiento especial del vuelo del dominio público local que contempla el TRLRHL se conecta inexcusablemente a su ocupación física mediante la instalación o colocación material de los elementos descritos u otros análogos, y no desde luego al que resultaría de la utilización intangible por las ondas de radio del espacio aéreo situado sobre el suelo del dominio público local. Si a todo ello unimos que la ocupación por los clientes/usuarios del suelo del dominio público municipal mientras transitan o caminan por las calles, plazas o parques -con o sin sus móviles, los utilicen o no- se configura como un supuesto de uso común general de los bienes de dominio público ex artículo 75.1º a) del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se



aprueba el texto refundido del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, por ser el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente en cuanto que el uso de unos no impide el de los demás, sin concurrencia por otro lado de circunstancias especiales -ni siquiera la singular y transitoria que corresponde por ejemplo a la utilización de los cajeros automáticos-, tratándose pues de un uso que se ejerce libremente ex artículo 76, es claro que no cabe apreciar ninguna suerte de aprovechamiento especial del vuelo por las operadoras de telefonía móvil (sujetos pasivos de la Ordenanza), ni directamente ni a través de sus clientes, en los términos en los que en la actualidad y con arreglo al propio TRLRHL cabe concebir el vuelo sobre el suelo como integrante del dominio público local».

Y en la misma dirección no hemos pronunciado en la sentencia de 5 de julio de 2016, «Y es la carencia de ese razonable interés real, efectivo y práctico por parte del Ayuntamiento de San Cebrián lo que impide entender que la utilización intangible del espacio aéreo por las operadoras de telefonía móvil secunde a la circulación indiscriminada de las ondas radioeléctricas pueda de algún modo dañar, lesionar, privar o siquiera mínimamente limitar o restringir las facultades dominicales que al Ayuntamiento le corresponden sobre el vuelo del dominio público local, sin perjuicio de que, aunque quisiera, el Ayuntamiento no está en condiciones de negar o limitar dicha utilización intangible del espacio aéreo.

A este respecto no podemos olvidar que la Ordenanza impugnada pretende dictarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLRHL por el que se autoriza a las entidades locales a establecer tasas, en este caso, "por el aprovechamiento especial del dominio público local", cuyos sujetos pasivos ex artículo 23.1 a) son los "que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular"; y son los supuestos concretos de aprovechamiento especial del vuelo o subsuelo del dominio público local que a título de ejemplo relaciona el artículo 20.3 del TRLRHL los que nos ponen de manifiesto el concepto, tangible, que el legislador atribuye a tales aprovechamientos como consecuencia, precisamente, de su ocupación física y material; así, el artículo 20.3 se refiere a la "... e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local... i) Instalación de rejillas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos... j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada... k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos".

Vemos, pues, que el derecho de vuelo siempre va ligado a las construcciones e infraestructuras que puedan realizarse sobre la superficie del terreno, sin que en absoluto pueda definirse aquel derecho como una facultad genérica del titular del suelo para considerar hasta el infinito todo "el aire" que se extienda sobre el terreno de su propiedad.

El propio Ayuntamiento expone de forma reiterada en el Informe Técnico-Económico que sirve de base a la Ordenanza recurrida que el pretendido objeto de gravamen de la Tasa no son solo los tendidos de redes fijas que se eleven por encima del suelo, lo que se trataría de una construcción y sí podría dar lugar a la imposición de una tasa a su titular, sino que es la ocupación que del aire hacen las ondas de telefonía móvil. Es como si cada Ayuntamiento aspirara a imponer un canon por la navegación de las aeronaves que circulen por encima del territorio local.

En este sentido, la propia sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, en sus considerandos 32 y 33, haciéndose eco de las conclusiones 52 y 54 de la Abogado General, determina que 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 propiedad pública o privada de que se trata, desprendiéndose de esto que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplados en el art. 13 de la Directiva de autorización el titular de dichos recursos, que asimismo es el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

En definitiva, lo que se pretende con la Ordenanza objeto de impugnación es extender arbitrariamente el concepto de dominio público al vuelo sin tener en cuenta que no se produce ni privación ni disfrute de dicho dominio».

Por lo demás ha de estarse a lo dicho en la referida sentencia sobre la vulneración del Derecho de la Unión Europea, en tanto que como se contiene en la misma «La tasa que regula la Ordenanza impugnada



no sólo supone una vulneración manifiesta de nuestro Derecho interno, sino que, además, constituye un notorio quebrantamiento del Derecho Comunitario Europeo, ya que nuestra legislación sectorial es fruto de la trasposición de Directivas y Decisiones Comunitarias que han sido dictadas en la materia». Dando por reproducido lo dicho para evitar reiteraciones, debiendo concluir, como se hace en la sentencia, que de mantenerse la Ordenanza se produciría un supuesto de doble imposición contrario a los arts. 31 de la CE y 3 de la LGT .

TERCERO.- *Sobre las costas.*

Todo lo cual comporta la desestimación del **recurso** de casación interpuesto, con expresa imposición de costas al recurrente, si bien, en uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la Ley Jurisdiccional , se limita su importe a 8.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1.-** Desestimar el **recurso** de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha 25 de mayo de 2015, recaída en el **recurso** n.º 150/2014 . **2.-** Condenar en las costas a la parte recurrente, con el límite cuantitativo expresado en el último de los Fundamentos Jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe **recurso**, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Vicente Garzon Herrero Nicolas Maurandi Guillen Emilio Frías Ponce Jose Diaz Delgado Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Francisco Jose Navarro Sanchis Juan Gonzalo Martinez Mico Rafael Fernandez Montalvo **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Jose Antonio Montero Fernandez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Certifico.