

Roj: **STS 2188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2188**Id Cendoj: **28079130022016100194**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **2**Fecha: **20/05/2016**Nº de Recurso: **3937/2014**Nº de Resolución: **1150/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 12602/2014,**
STS 2188/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3937/2014, interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, representado por Letrada de su Servicio Jurídico, contra la sentencia, de fecha 7 de octubre de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 284/2013, en el que se impugnaba la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil", aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012. Ha sido parte recurrida la sociedad Orange Espagne S.A.U, representada por el Procurador don Roberto Alonso Verdú.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el recurso contencioso administrativo núm. 248/2013, seguido ante Sección Segunda de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó sentencia, con fecha 7 de octubre de 2014, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Roberto Alonso Verdú en representación de la entidad <<France Telecom España S.A.>> y en su virtud ANULAMOS el artículo 5 de la <<Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil>> aprobada el 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012 condenando al Ayuntamiento de Madrid al abono de las costas causadas hasta una cifra máxima, el Tribunal haciendo uso de esta facultad fija las costas a abonar por el apelante en la suma de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 €) en concepto de honorarios de Letrado más los derechos arancelarios que correspondan al Procurador" (sic).

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO .- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 21 de enero de 2015, formaliza el recurso de casación e interesa se dicte sentencia por la que, con apreciación de los motivos invocados, estime el presente recurso, case la sentencia recurrida y declare conforme a Derecho el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 24 de diciembre de 2012, que aprobó la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por utilización privativa y aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, aplicable a fecha de 1 de enero de 2013.



CUARTO .- La representación procesal de "Orange Espagne S.A.U" formalizó, con fecha 28 de abril de 2015, escrito de oposición al recurso de casación interesando sentencia que le inadmita o, en su defecto, le desestime íntegramente, confirmando la doctrina mantenida por la sentencia impugnada e imponiendo las costas a la Administración recurrente.

QUINTO .- Por providencia de 20 de enero de 2016, se señaló para votación y fallo el 19 de abril de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Montalvo, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Tribunal de instancia centra su análisis en la cuota tributaria regulada en el artículo 5 de la Ordenanza en los siguientes términos:

"DÉCIMO.- Debemos centrar el análisis en la cuota tributaria regulada en el artículo 5 en los siguientes términos : *El importe de la tasa, en función de los recursos útiles para la telefonía móvil instalados en este municipio y del valor de referencia del suelo municipal, se cuantificará individualizadamente para cada operador mediante la aplicación de la siguiente fórmula de cálculo:*

$CT = 67m^2 \text{ básico} \times CPM \times FCA \times Sup \times T \times CV$

Donde CT es la cuota tributaria de cada sujeto pasivo, fijada en función de los siguientes parámetros:

a) e/m² básico: 83,51 euros.

b) CPM: Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles prepago y pospago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a fecha de devengo. El resultado de aplicar este coeficiente no podrá exceder de un valor de 68 6/m².

c) FCA: Factor de corrección cifrado en un coeficiente de 0,25 aplicable a aquellos obligados tributarios cuyo número de líneas móviles prepago y pospago activas en Madrid no supere las 100.000.

d) Sup: Superficie ocupada por el operador. Se fijará aplicando a los metros lineales de apertura de calas o canalizaciones ejecutadas por el obligado tributario, a tenor de los datos obrantes en la Administración Municipal, el ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal.

e) T: Tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial. expresado en la unidad correspondiente al año o, en su caso, fracción trimestral de éste (1, 0,25, 0,5 ó 0,75).

f) CV: es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos. Se determina mediante la aplicación de un coeficiente sobre la cuota tributaria de acuerdo con la siguiente escala:

De 1 a 100 elementos instalados: coeficiente 1,05

De 101 a 200 elementos instalados: coeficiente 1,10

De 201 elementos en adelante: coeficiente 1,15»

UNDÉCIMO .- El Tribunal entiende conflictivos varios son elementos dentro de la formula $CT = \text{€}/m^2 \text{ básico} \times CPM \times FCA \times Sup \times T \times CV$. En primer lugar el establecimiento del 6/m² básico: 83,51 euros. En segundo lugar el CMP: Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles prepago y pospago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a fecha de devengo. Y en tercer lugar CV: es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos. Se determina mediante la aplicación de un coeficiente sobre la cuota tributaria de acuerdo con la siguiente escala y por último el factor "sup" Se fijará aplicando a los metros lineales de apertura de calas o canalizaciones ejecutadas por el obligado tributario, a tenor de los datos obrantes en la Administración Municipal, el ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal."

SEGUNDO .- El Tribunal de instancia fundamenta su decisión en las siguientes razones:



A.- Considera que no es correcta la determinación de €/m² básico en la suma de 83,51 euros, que resulta de aplicar una tasa de rentabilidad del 4% al supuesto valor medio del mercado del suelo del municipio de Madrid (2.087,80 euros/m²).

B.- Entiende que no se ajusta a Derecho el coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario, que se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas de prepago y postpago sobre el total de sus líneas fijas y móviles activas en el municipio a la fecha de devengo.

C.- Tampoco considera ajustado a Derecho el facto CV, esto es el recargo que pondera tanto el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares en fachadas de edificios, construcciones y suelo urbano, como la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar tales recursos.

D.- Por último, tampoco considera debidamente justificada la utilización del ancho medio empleado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal.

TERCERO .- El recurso de casación se fundamenta en un único motivo formulado al amparo del artículo 88.1.d) LJCA por infracción de los artículos 14 y 31 de la Constitución (CE), y de los artículos 24.1.a) y c) y 25 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), así como por vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en SSTs de 9 de mayo, 10 de mayo y 21 de noviembre de 2005 (rec. de cas. 3133/2002, 4249/2002 y 5574/2002, respectivamente), de 16 de febrero de 2009 (rec. de cas. 5082/2005) y 31 de octubre de 2013 (rec. de cas. 3060/2012).

También se alega la infracción del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CL de 7 de marzo, en la interpretación que del mismo ha realizado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 10 de marzo de 2011 (asunto C-85/10) y de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-58/11, C- 57/11).

Ahora bien, con carácter previo al análisis de dicho motivo, hemos de pronunciarnos sobre su admisibilidad, a la que se opone la recurrida por entender que supone una improcedente valoración de la prueba en sede casacional.

Según dicha parte, los argumentos esgrimidos por la recurrente se centran en una cuestión meramente fáctica y no en valoraciones jurídicas. A estos efectos, pone de manifiesto que, en instancia, junto con su demanda aportó, como anexos IX y X, sendos informes periciales en orden a acreditar: el funcionamiento de la red de la operadora de telefonía móvil Orange, y, en concreto, la arquitectura de la red tanto de la tecnología GSM como de la tecnología UMTS, explicando las características y funciones de los elementos de red y, especialmente, las características técnicas y funcionalidades de las microceldas; y la arbitrariedad de los criterios mantenidos por el Ayuntamiento de Madrid en su informe técnico-económico a los efectos de determinar el valor del dominio público local del municipio de Madrid, en particular del subsuelo, habida cuenta que ésta es la superficie ocupada por los operadores de telecomunicaciones.

Y la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de acuerdo con la prueba pericial que fue aportada, ha considerado debidamente acreditado que el sistema de cuantificación aprobado por el Ayuntamiento no atiende al valor de mercado derivado de la ocupación real y efectiva del dominio público local que es el único hecho imponible que se puede gravar, motivo por el cual concluye que debe declararse la nulidad de pleno Derecho del método de cuantificación comprendido en la citada ordenanza.

La tesis de la recurrida sobre la inadmisibilidad del motivo no puede ser compartida. Al contrario, de lo que sostiene, a través de él no se nos pide una nueva valoración de la prueba pericial, y por ello no se fundamenta en la infracción de las normas que se refieren a la valoración de la prueba, sino que lo que la Administración recurrente cuestiona son los criterios jurídicos que han de ser tomados en cuenta para la cuantificación de la tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil. Esto es: si ha de atenderse al valor urbanístico del suelo sobre el que discurren las redes o al beneficio o rentabilidad que obtiene el titular del correspondiente derecho de ocupación; si puede ser o no un criterio ponderable las líneas móviles prepago y postpago sobre el total de las líneas fijas y móviles activas en el municipio a la fecha de devengo del impuesto; si se ajusta a Derecho un recargo que pondera el uso del vuelo por medio de la instalaciones de los correspondientes elementos y la mayor intensidad de tráfico que permiten cursar estos recursos; y, en fin, si es conforme a Derecho el ancho medio empleado para la instalación de redes de telecomunicaciones.

No se trata, por tanto, de cuestionar, mediante una nueva valoración, los resultados a los que pueda llegar una prueba pericial, sino de resolver, en términos jurídicos, la idoneidad de los criterios utilizados para la cuantificación de la tasa.



CUARTO .- En nuestra jurisprudencia pueden distinguirse dos etapas.

A.- Una primera, que se corresponde a la anterior doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de este Tribunal de 16 de julio de 2007 (rec. de cas. en interés de ley 26/2006) y de 19 de febrero de 2009 (rec. de cas. 5082/2005), que se puede resumir en los siguientes puntos:

- a) Se distinguían, conforme al artículo 24 del Texto Refundido de las Haciendas Locales , una tasa general, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público local, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público [artículo 24.1.a) TRLHL]; y otra especial, en la que la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere específicamente al 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 una parte muy importante del vecindario cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que se obtuvieran anualmente en el término municipal por la referidas empresas. Y de esta segunda clase de tasa quedaba excluida la telefonía móvil.
- b) La realización del hecho imponible de la tasa no estaba vinculada exclusivamente a la titularidad de las redes o instalaciones en el dominio público local, sino que era suficiente la existencia de un aprovechamiento especial del mismo sirviéndose de las instalaciones o redes de otros operadores.
- c) Sobre el método de cuantificación de la tasa, no existía un único criterio. En unas sentencias se confirmaba el método de cuantificación de las ordenanzas, derivado del correspondiente informe económico, siempre que permitiera definir el valor de mercado de la utilidad derivada, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trata. En otras, sin embargo, se declaró la nulidad del método utilizado en la correspondiente ordenanza.

B.- Una segunda etapa, caracterizada por tener muy presente el marco normativo europeo como límite al establecimiento de la tasa por ocupación del dominio público por operadoras de telefonía, puede resumirse en los siguientes términos:

- a) Se tiene en cuenta la armonización negativa o de segundo grado impuesta por el Derecho europeo, especialmente derivada de las cuatro directivas sobre telecomunicaciones: Directiva 2002/21, Marco Regulador común de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva marco); Directiva 2002/20, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización); Directiva 2002/19, de acceso a las redes de comunicación y recursos asociados a su interconexión (Directiva acceso); y Directiva 2002/22 sobre servicio universal y derecho de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal).

Estas normas no establecen una armonización, pero sí una serie de requisitos y limitaciones a las potestades tributarias de los Estados miembros con dos finalidades: garantizar el desarrollo de un sector que se considera prioritario para el desarrollo económico y asegurar la competencia dentro del mercado de las telecomunicaciones.

De la regulación europea no puede desprenderse cuál ha de ser el contenido concreto de las tasas municipales sobre instalaciones en el dominio público local de las que se sirven los operadores de telefonía, pero lo que sí establecen las normas europeas son unos límites, generales y específicos, que no pueden ser sobrepasados, en el ejercicio de sus potestades tributarias, por las autoridades de los Estados miembros. Límites que no siempre se enuncian con claridad sino que se deducen de los objetivos de las Directivas y de la interpretación que de dichas normas hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

- b) Planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 2012 . Ante la alegación de que las ordenanzas examinadas infringían los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, este Tribunal planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

1º) Si el artículo 13 de la Directiva autorización permitía el establecimiento de un canon por derechos de instalación de recursos en el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía.

2º) Si permitía las condiciones en que el canon o tasa se cuantificaba en las correspondientes ordenanzas.

3º) Si el mencionado artículo 13 reunía las características necesarias para que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, gozase de efecto directo.

Este Tribunal formuló la segunda cuestión, relativa a la determinación de la cuantía de la tasa de forma subsidiaria para el caso de que, en respuesta a la primera, el TJUE concluyera que era compatible con el artículo



13 de la Directiva un sistema que exigía el canon también a las compañías de telefonía que no eran titulares de la red que usaban para prestar el servicio.

En las conclusiones de la Abogada General, de 14 de marzo de 2012 se respondió a las tres cuestiones: El artículo 13 de la Directiva era de aplicación directa; no autorizaba a los Estados miembros a imponer a los operadores de telefonía un canon por el uso de los recursos instalados en el dominio público local que sean propiedad de otras empresas; y que el canon contemplado no satisfacía los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni la garantía del uso óptimo de los recursos de que se trata, en cuanto se basaba en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa o en otros parámetros que no guardaban relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso resultante del uso efectivo que hiciera la empresa de dichos recursos.

La STJUE de 12 de julio de 2012 respondió en sentido afirmativo sobre la eficacia directa del artículo 13 de la Directiva, que debe ser entendido en el sentido de que se opone a la aplicación a 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 el servicio de telefonía. Y, a la vista de la respuesta dada esta cuestión, resultaba innecesario responder a la suscitada sobre la cuantificación de la tasa.

c) Desde dicha sentencia del TJUE, la doctrina de esta Sala es la siguiente:

1º) En relación con el hecho imponible se permite exclusivamente la imposición de cánones o tasas por los derechos de uso de radiofrecuencias (tasa por espectro electrónico); derechos de uso de numeración (tasas por numeración); y derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma (tasa por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público local).

2º) En cuanto a la trascendencia de la titularidad de la red o recursos instalados en el dominio público local, siguiendo en este punto la doctrina del TJUE:

-) El artículo 13 de la Directiva autorización no permite incluir en los cánones o tasas a los operadores que, sin ser propietarios de los recursos instalados en el dominio público, utilicen los recursos instalados de otras operadoras.

-) La Directiva no define: el concepto de instalación, los recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, y el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a la instalación. Sin embargo, del artículo 11.1 de la Directiva marco puede deducirse que se refiere a la empresa u operadora habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, subsuelo o el espacio situado por encima del suelo; y los términos recursos e instalaciones remiten a las infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica y a su colocación física en la propiedad pública o privada.

3º) En cuanto a la cuantificación de la tasa, este Tribunal, de manera reiterada y en aplicación de la doctrina contenida en las mencionadas conclusiones de la Abogada General, viene exigiendo los siguientes requisitos:

-) Transparencia, a cuyo efecto este Tribunal señala que las Ordenanzas reguladoras cumplen con este requisito si resulta adecuado y con las garantías suficientes el procedimiento normativo de aprobación y de publicidad.

Ahora bien, pueden surgir problemas cuando las reglas o fórmula de cálculo no guardan relación con el valor real del aprovechamiento.

A estos efectos, no resulta transparente el método de cálculo si los informes económicos no incorporan criterios de cálculo que se correspondan con los valores de mercado de la propiedad o de la utilidad obtenida por su utilización, resultando difícil interpretar la necesaria conexión.

-) Objetividad o justificación objetiva, exigencia que no se da cuando el importe del canon o la tasa no guarda relación con la intensidad del uso del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso. Y este requisito no se cumple cuando la cuantía de la tasa viene determinada por los ingresos brutos obtenidos por una compañía o por su volumen de negocio.

-) Proporcionalidad, requisito que no concurre en la cuantificación que utiliza parámetros que arrojan un montante que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recursos escasos. Esto es, la cuantía debe guardar una relación de proporcionalidad con los usos o utilización del dominio público por los operadores de telefonía.

-) No discriminación, exigencia que se infringe cuando el gravamen resulta superior para un operador con respecto a otro u otros si el uso o utilización del dominio público por uno y otros es equiparable.



QUINTO .- El TRLHL tampoco impone un determinado método para el cálculo del importe de la tasa de que se trata, por lo que las corporaciones locales pueden establecer diferentes fórmulas siempre que se respeten los límites derivados de sus artículos 24 y 25.

Es decir, ha de tenerse en cuenta: 1º) que no resulta aplicable el régimen especial de cuantificación del artículo 24.1.c) a los servicios telefonía móvil; 2º) que ha de atenderse a la regla general del artículo 24.1.a) que impone que se tome como valor de referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados fuesen de dominio público -"a tal fin, las ordenanzas fiscales 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"; 3º) que para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas; y 4º) que los respectivos acuerdos de establecimientos de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público deben adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto dicho valor de mercado -informes que se incorporarán al expediente de adopción del correspondiente acuerdo- (Cfr. SSTs de 16 de febrero de 2009 , rec. de cas. 5082/2005 y de 31 de octubre de 2013, rec. cas. 3060/2012).

SEXTO .- La aplicación tanto de los límites que derivan del Derecho europeo como de las exigencias derivadas del TRLHL determina que haya de acogerse el motivo de casación que se analiza respecto de los cuatro parámetros utilizados por el artículo 5 de la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadores de Servicios de Telefonía Móvil", que la sentencia de instancia anula.

A.- Parámetro €/m². Frente al criterio del Tribunal "a quo" que rechaza acudir al valor del suelo urbano por no corresponderse con el valor del suelo sobre el que discurren las redes, ha de señalarse que, conforme al mencionado artículo 24.1ª) TRLHL no es procedente utilizar la referencia del aprovechamiento en términos urbanísticos, que alude a los derechos de los propietarios delimitado en virtud del planeamiento que fija el contenido de aquéllos en función de la edificabilidad. En efecto, extremando tal criterio podría llegarse a sostener que la ocupación del dominio público local por las empresas de telefonía móvil habría de ser gratuita, con vulneración de los principios constitucionales de igualdad tributaria y generalidad. Y, por parecida razón, tampoco se comparte la exigencia que refleja la sentencia impugnada de asignar valores individualizados por zonas de la capital que tuvieran en cuenta las distintas categorías fiscales de las calles por cuyo subsuelo discurren las redes, ya que éste no es un elemento relevante respecto de las condiciones técnicas de la prestación del servicio y del beneficio obtenido por la ocupación del dominio público local.

Por el contrario, en relación con esta tasa, ha de tenderse a la determinación del valor de mercado del terreno en función del aprovechamiento o utilidad gravada.

Y en el presente caso, el Ayuntamiento de Madrid llegó a la determinación de dicho valor después de los necesarios estudios e informes técnicos, sin que, a los efectos de la tasa, pueda compartirse el criterio del Tribunal de instancia, que invoca el artículo 36 de la Ley 9/2001, de 17 de julio de la Comunidad de Madrid , referido a la cesión obligatoria y gratuita de suelos dotacionales y equipara las vías municipales, a estos efectos valorativos, con zonas verdes, porque el hecho de que dichas vías carezcan de valor lucrativo a efectos de edificación, o éste sea muy residual, no excluye los beneficios que derivan de la realización en dichas zonas ocupadas de actividades económicas, para las que resultan imprescindibles o idóneas.

Dicho en otros términos, a los efectos del aprovechamiento o beneficios derivados de la ocupación de la vía pública para la prestación del servicio de telefonía de que se trata, no resulta relevante la calificación urbanística del suelo que se ocupa. Y es que, como sostiene la representación procesal del Ayuntamiento, para los servicios de comunicaciones móviles, la mayor utilidad consiste en poder desplegar por el subsuelo de las vías públicas municipales el cable o fibra óptica que permita conectar sus distintos elementos de red de modo que resulten aptos para prestar los citados servicios de comunicaciones.

En definitiva, la utilidad derivada del uso de los recursos cedidos no resulta ajena al beneficio o rentabilidad que obtiene el titular del derecho de ocupación, ya que existe una íntima vinculación entre el beneficio económico y el valor de la utilidad que debe reflejar el gravamen.

B.- Coeficiente de ponderación de servicios móviles. La Sala de instancia considera que no tiene en cuenta el factor esencial de la superficie ocupada y utiliza factores equivocados como que el uso de las redes que discurren por el dominio público municipal es proporcional al número de telefonía móvil/fija, cuando no todas las transmisiones de voz y datos de la telefonía móvil utilizan las redes que discurren por el dominio público municipal, ni la intensidad de uso es la misma en uno y otro caso, ya que en el caso de la telefonía fija es un hecho que sus redes se utilizan preferentemente para transmisiones de datos con un uso más intenso.



Ahora bien, la determinación del valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público local no puede efectuarse en términos matemáticos, absolutamente preciso; solo es posible efectuarla en términos estimativos o ponderativos. Y a estos efectos el coeficiente que utilizaba el artículo 5 de la Ordenanza puede considerarse suficiente. Partía de un valor unitario por metro cuadrado ocupado, igual para todos los sujetos obligados, que se modulaba, a efectos de concretar la utilidad específica que perciben sus servicios móviles en relación con la totalidad de los servicios prestados a través del mismo elemento. En definitiva, el parámetro de que se trata no se aplica directamente sobre la superficie ocupada por cada obligado tributario, pero sí sobre el valor unitario por metro cuadrado.

Se trata, conforme a la Ley 51/2002, de disociar la valoración de la utilidad derivada de las ocupaciones por servicios de telecomunicaciones distinguiendo las telefonías fija y móvil, siendo necesario cuantificar esta última a través del método general del artículo 24.1.a) TRLHL. Y, a estos efectos, el reiterado artículo de la Ordenanza utilizaba un método indiciario admisible porque la exclusión del régimen especial del artículo 24.1.c) afecta a los servicios de móviles y no a los operadores que los prestan.

C.- El factor CV o recargo pondera el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares. También la Sala de instancia considera que se trata de un coeficiente que no atiende a la superficie ocupada, ya que se trata de elementos de red que sirven para optimizar el uso de la red porque permite un número mayor de tráfico de llamadas en áreas de especial intensidad, y la consecuencia es que no sea necesario instalar más cable.

Pero, precisamente, este razonamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo que revela es la relación del factor cuestionado con una mayor intensidad de uso del dominio público local a través de una concreta tecnológica, susceptible de ser tenida en consideración al cuantificar la tasa por cuanto repercute en el aumento del valor de mercado de la utilidad obtenida por los operadores que emplean los referidos elementos tecnológicos.

D.- Ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal. Considera la Sala de instancia que la utilización de valores medios atenta, en primer lugar, al principio de utilización óptima de los recursos, en este caso del suelo, vuelo y subsuelo de dominio público municipal porque grava en igual medida al que utiliza con sus redes más espacio, que aquél operador titular de las redes que pueda utilizar una tecnología que minimice el espacio usado. Y, en segundo término, entiende que solo puede gravarse la ocupación efectiva determinada por el ancho real del cable instalado y sus elementos de protección sin que pueda gravarse la "superficie teóricamente reservada" en las aceras para la instalación de redes de telecomunicación.

Ahora bien, el verdadero significado del referido "ancho medio" es el de un "ancho mínimo" derivado de un estándar urbanístico de obligado cumplimiento, que deriva de la Ordenanza de Diseño y Gestión de Obras en la Vía Pública de 31 de mayo de 2006. Esto es, se prevén anchos de reserva en función del tipo de canalización, según se trate de alumbrado y regulación de tráfico, redes de riego, conducciones de agua, conducciones de gas, energía eléctrica y comunicaciones para cable, respecto de la que se señala, precisamente 0,65 m. En definitiva, se trata de una reserva real y obligada que comporta la indisponibilidad del recurso en esas dimensiones, tanto para la Corporación como para terceros.

Por tanto, el artículo 5 de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid que se analiza incorporaba para la cuantificación de la tasa unos criterios que se ajustaban a los artículos 24 y 25 del TRLH y que, en ningún caso, pueden considerarse contrarios a los principios que exige el Derecho europeo de transparencia, objetividad, proporcionalidad y no discriminación.

SÉPTIMO .- Los razonamientos expuestos justifican que se acoja el motivo de casación y, por tanto, que se estime el recurso interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Madrid, sin que, conforme al artículo 139 LJCA, haya lugar a la imposición de las costas causadas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia, de fecha 7 de octubre de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 284/2013. Sentencia que anulamos, y, en su lugar, declaramos conforme a Derecho el artículo 5 de la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas



Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil" aprobada por Acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento de 21 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012.

No se imponen las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Insértese en la colección legislativa,

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico Rafael Fernandez Montalvo **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernandez Montalvo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO