



SENTENCIA Nº 2189/2017
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. ORDINARIO Nº 123/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ
MAGISTRADOS
D^a. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR
D^a SOLEDAD GAMO SERRANO
Sección Funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga a 10 de noviembre de 2017.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo número 123/2017 interpuesto por VODAFONE ESPAÑA SAV representado/a por el/a Procurador/a D^a MARIA JOSÉ YOLDI RUIZ contra AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D MANUEL LOPEZ AGULLÓ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el/a Procurador/a D/ña. MARIA JOSÉ YOLDI RUIZ, en la representación acreditada se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, registrándose con el número 123/2017.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

TERCERO.- Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.



Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwwSHzMBCZg==	PÁGINA	1/13





CUARTO.- Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos a conclusiones, que evacuaron las partes en tiempo y forma mediante escritos que obran unidos a autos, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la modificación de la ordenanza fiscal nº 41, reguladora de la tasa “por la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público”, aprobada por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga y publicada en el BOP de fecha 21 de diciembre de 2016, en particular los preceptos que regulan la tributación por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil (arts. 1,2 y 3, relativos al hecho imponible y sujetos pasivos, y art. 5.2. Tarifa 2ª, relativo a la base imponible y cuota).

El el suplico de la demanda fue interesado el dictado de sentencia que incluyendo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE anule la disposición impugnada y cualquier liquidación girada a su amparo.

La Corporación demandada interesó la desestimación del recurso, defendiendo la plena legalidad de la Ordenanza combatida.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso se alega que la Ordenanza recurrida genera una doble imposición prohibida por el ordenamiento jurídico de la U.E., y ello al tener que pagar, de un lado , la tasa por telefonía móvil (art. 5.2 Tarifa 2ª), y por otro la tasa por telefonía fija (art. 5.3 del Régimen especial). Siendo así que desde el punto de vista de Derecho Europeo, en el marco fijado por el art. 13 de la Directiva 2002/20, interpretado tanto por el TJUE como por el Tribunal Supremo, los operadores de telefonía móvil sólo pueden incurrir en el hecho imponible de una tasa como la controvertida y ser considerados sujetos pasivos si son titulares de redes que ocupen materialmente el dominio público local. Sin embargo, esta habilitación normativa nacional con rango de ley, presenta otra limitación adicional, derivada del carácter de máximos que el TJUE ha predicado del régimen contenido en los arts. 12 y 13 de la directiva citada, que exige que sólo se puede gravar una vez por la instalación de los recursos.

En segundo lugar, para la recurrente, la Ordenanza impugnada desconoce la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos, según dispone el art. 13 de la Directiva 2002/20, denunciando como infracciones relativas a la cuantificación de la tasa, que la misma vulnera la normativa comunitaria por cuanto que no se justifica de manera objetiva, no es



Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	2/13





proporcionada, es discriminatoria y no respeta los principios contenidos en el art. 8 de la Directiva 2002/21

La Corporación demandada vino a oponer que precisamente la modificación de la disposición recurrida devino de la necesidad de adaptarla a la nueva doctrina tras la sentencia del TJUE de 12 de junio de 2012, dictada en la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo, que impide la aplicación de dicho cánón de la Directiva 2002/20- art. 13, a empresas de telefonía no titulares de líneas en dominio público y sobre la presunta existencia de doble imposición el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio de 2016 manifiesta que “ no se grava dos veces el mismo recurso, *lo que se grava es la utilidad que deriva del uso del bien de dominio público para la prestación de la totalidad de servicios de telecomunicaciones, tanto fijos como móviles...*”. Concluyendo tras la cita de amplia jurisprudencia que las modificaciones introducidas en la OF-41, se ajustan a los arts. 24 y 25 del TRLHL, son respetuosas con los principios exigidos por el derecho europeo de transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Los preceptos de la Ordenanza Municipal que se impugnan son del siguiente tenor literal:

I.- CONCEPTO Y HECHO IMPONIBLE.

Artículo 1º.

De conformidad con lo previsto en el artículo 57, en relación con el artículo 20, 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, este Ayuntamiento establece la tasa por utilizations privativas o aprovechamientos especiales del subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública especificados en el artículo 5e siguiente, que se regirá por la presente Ordenanza.

Artículo 2º.

El hecho imponible de estas tasas viene constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local correspondiente al Municipio de Málaga.

En el caso de las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, el hecho imponible de la tasa lo constituye la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el subsuelo, suelo o vuelo de las vías públicas municipales, cuyos servicios se presten, total o parcialmente, a través de recursos de su titularidad, tales como redes o instalaciones que materialmente ocupen dicho dominio público municipal.

II.- SUJETO PASIVO.

Artículo 3º.

Son sujetos pasivos de las tasas reguladas en la presente Ordenanza, a título de contribuyentes, las personas físicas, jurídicas y entidades a las que se refiere el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria a cuyo favor se otorgan las

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	3/13





licencias reguladas en la correspondiente Ordenanza Fiscal o quienes utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local; y ello aunque no se haya solicitado u obtenido la correspondiente licencia, autorización o concesión.

En el caso de las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, con independencia del carácter público o privado de las mismas, son sujetos pasivos de la tasa las que sean titulares de las correspondientes redes o instalaciones que transcurran por el dominio público local a través de las cuales se efectúen las comunicaciones....

IV.- BASE IMPONIBLE Y CUOTA.

Artículo 5º.

1. La cuantía de la tasa regulada en esta Ordenanza será la fijada en las tarifas contenidas en los apartados 2 y 3 siguientes:

2. Las Tarifas de la tasa para el Régimen General expresadas en euros, serán las siguientes:.....Tarifa. 2f. Utilización ^/o_aBr_o_ve_c_h_a_m^subsueio^syelo.p_vuelp_ efectuado, por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil.

Para las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, incluidas también en el Régimen General, el importe de la tasa en función de las redes o instalaciones 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:

$$CT = \text{€/m}^2 \text{ básico} \times CPM \times \text{Sup}$$

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

- a) €/m² básico: 39,75 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, ya sean en prepago, pospago o líneas de máquinas M2M, sobre el total de sus líneas móviles y fijas activas en el municipio a fecha de devengo. El resultado de aplicar este coeficiente sobre el parámetro €/m² básico, no podrá exceder de un valor de 38 euros.
- c) Sup: Superficie ocupada por el operador. Se fijará aplicando a los metros lineales de apertura de calas y canalizaciones ejecutadas por el obligado tributario, la anchura media estimada para la instalación de redes de telecomunicaciones, de 0,40 metros por cada metro lineal...."

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, en el particular que interesa expresa: "**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:



Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwvSHzMBZq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwvSHzMBZq==	PÁGINA	4/13





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, y que 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



Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwvSHzMBZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwvSHzMBZg==	PÁGINA	5/13





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 de garantizar el 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 guardaran relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso resultante del uso efectivo que haga 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:

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	6/13





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 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 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 cuando no es compatible con 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 la 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 arroja 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

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwvSHzMBZq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwvSHzMBZq==	PÁGINA	7/13





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-

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 24.1º) 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, de tal forma que 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.



Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	8/13





El hecho de que las vías públicas o zonas verdes carezcan de un valor lucrativo a efectos edificatorios no impide que puedan ser utilizadas para determinadas actividades económicas que solamente pueden tener lugar en ellas o en su subsuelo, y es entonces, y solo entonces, cuando cobra sentido la previsión del artículo 24.1.a) del TRLHL de tomar "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, 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 lo que ha de medirse es la utilidad derivada de la ocupación del dominio público y en el presente caso, y con relación al servicio de que se trata, dicha utilidad es idéntica en toda la ciudad.

En fin, tampoco se comparte 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, insistimos, 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 de Madrid, 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 este coeficiente 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

Código Seguro de verificación:rTK1EV1z6eauwSHzMBZq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBZq==	PÁGINA	9/13





aprovechamiento del dominio público local no puede efectuarse en términos matemáticos absolutamente precisos, solo es posible efectuarla en términos estimativos o ponderativos. Y a estos efectos el coeficiente que utiliza el artículo 5 de la Ordenanza puede considerarse suficiente. Parte de un valor unitario por metro cuadrado ocupado, igual para todos los sujetos obligados, que se modula, 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.

De esta forma, el coeficiente al que nos referimos permite disociar la valoración de la utilidad derivada de las ocupaciones por servicios de telecomunicaciones distinguiendo los telefonía fija y móvil, tal como se prevé en el TRLHL y según se dispuso por la Ley 51/2002, ya que la telefonía móvil quedó excluida desde entonces del régimen de tributación del artículo 24.1.c), lo cual no significa no sujeción a la tasa por ocupación del dominio público -que infringiría el principio de igualdad-, sino que la tributación ha de hacerse por el régimen previsto en la letra a) del artículo 24.1, tal como se señaló en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2009 -recurso de casación 5082/2005 -.

No se grava dos veces el mismo recurso. Lo que se grava es la utilidad que deriva del uso del bien de dominio público para la prestación de la totalidad de servicios de telecomunicaciones, tanto fijos como móviles.

En este sentido, debemos poner de relieve que según consta en el expediente administrativo, el número de líneas móviles de las que es titular Vodafone, España S.A. (1.164.586) es muy superior al de líneas fijas atribuidas al municipio de Madrid en el conjunto nacional (103.240, pues se atribuye a Madrid el 7% del número de líneas fijas de las que es titular la recurrente en todo el Estado, en función de la población), lo que hace que al dividir el número de líneas móviles prepago y pospago activas en el municipio de Madrid por el número total de líneas fijas correspondientes a abonados domiciliados en Madrid más el número de líneas móviles, se obtenga un porcentaje de 91,857%.

En cambio, la situación de la empresa con la que la recurrente se comparó en el escrito de demanda -insistiendo sobre ello en el recurso de casación- es muy diferente porque tiene un número muy reducido de líneas móviles (6.845) y le corresponden en la atribución del 7% antes referido en cuanto a líneas fijas un número muy superior (152.921), lo que hace que su porcentaje final solo alcance el 4,284%.

De esta forma, el coeficiente de ponderación de servicios móviles discrimina la utilidad a cuantificar y contribuye a cumplir el principio de proporcionalidad.

C.- Factor CV

Este factor 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

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	10/13





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 tecnología, 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.....".

CUARTO.- De lo expuesto se infiere, tal y como expresa el Tribunal Supremo en su sentencia, que no existe doble imposición en los términos que expresa la recurrente sino que se grava la utilidad que deriva del uso del bien de dominio público para la prestación de la totalidad de servicios de telecomunicaciones, tanto fijos como móviles, conclusión a la que llega nuestro Alto Tribunal tras el detenido estudio de la STJUE de 12 de julio de 2012 en relación a la eficacia del art. 13 de la Directiva invocada.

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	11/13





En igual sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos respecto de la denunciada infracción relativa a la cuantificación de la tasa con vulneración de la normativa comunitaria, por cuanto que a juicio de la demandante no se justifica de manera objetiva y no es proporcionada, siendo discriminatoria. También el Supremo en la sentencia referida da amplia y razonada respuesta a la cuestión en los términos transcritos en fundamento anterior, y que son plenamente extrapolables al supuesto enjuiciado, debiendo precisarse que la Modificación impugnada encuentra su debida justificación en la necesidad de adaptar la norma tributaria a la doctrina fijada por el TJUE de 12 de julio de 2012, dictada en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación a la supuesta vulneración del art. 13 de la Directiva 2002/20/CE.

El tenor literal de dicha norma es: "...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)...".

Precisamente el Tribunal Supremo en la sentencia que citamos interpreta el texto de la Directiva a la luz de la sentencia del TJUE, exigiendo a la tasa: objetividad, proporcionalidad y no discriminación; requisitos éstos que se cumplen en el caso sometido a su ministerio casacional y por idénticas razones en el que es objeto del presente recurso. Por ello, no existiendo dudas en la interpretación de la norma de derecho comunitario, resulta ocioso el planteamiento nuevamente de la cuestión prejudicial.

De lo expuesto podemos concluir en la desestimación del recurso entablado, y ello en el sentido que a continuación se dirá.

QUINTO.- La desestimación del recurso trae aparejada la condena en costas a la parte recurrente por imperativo del art. 139 de la LJCA, hasta el límite prudencial de 2.000 euros más IVA por todos los conceptos.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente hasta el límite de 2.000 euros.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EVLz6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	12/13





Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el afit. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

Código Seguro de verificación: rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL LOPEZ AGULLO 21/11/2017 10:23:09	FECHA	22/11/2017	
	MARIA TERESA GOMEZ PASTOR 21/11/2017 13:17:34			
	MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO 22/11/2017 09:04:51			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 22/11/2017 11:10:56			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	rTK1EV1z6eauwSHzMBCZg==	PÁGINA	13/13



