



Roj: **STSJ CLM 583/2014 - ECLI: ES:TSJCLM:2014:583**

Id Cendoj: **02003330012014100142**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2014**

Nº de Recurso: **51/2012**

Nº de Resolución: **133/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 00133/2014**

**Recurso contencioso-administrativo nº 51/2012**

Ciudad Real

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE CASTILLA-LA MANCHA.**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**Sección Primera.**

**Magistrados, Ilmos. Sres.:**

D. José Borrego López. Presidente.

D. Mariano Montero Martínez.

D. Manuel José Domingo Zaballos.

D. Lorenzo Pérez Conejo

D. Antonio Rodríguez González

**S E N T E N C I A nº 133**

En Albacete, a veinticuatro de febrero de 2014.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 51/2012 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., representada por la Procurador Sra. González Velasco y defendida por el Letrado Sr. Puentes Moreno, contra el **Ayuntamiento de GUADALAJARA**, representado por el Letrado Sr. De la Torre Mora, en materia de impugnación de disposiciones de carácter general, Ordenanza Fiscal.

Es Ponente y refleja el parecer mayoritario de la Sala el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel José Domingo Zaballos.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 6 de febrero de 2012, recurso contencioso- administrativo contra el Acuerdo del **Ayuntamiento de Guadalajara**, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 28 de diciembre de 2011, por el que se aprobó 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 telefonía móvil.



Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito procesal, con la petición de nulidad de la disposición en su integridad.

**Segundo.-** Contestada la demanda por la Administración, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó sentencia desestimatoria del recurso.

**Tercero.-** Fijada la cuantía del recurso en indeterminada y sin que se abriera el pleito a prueba, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló día y hora para votación y fallo, el veinte de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna el Acuerdo del **Ayuntamiento de Guadalajara**, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 28 de diciembre de 2011, por el que se aprobó 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.

**Segundo.-** Realmente hay que centrar el posible objeto del recurso, porque lo único aprobado en el acuerdo publicado en el BOP de Guadalajara al que se ha hecho referencia según el cual sólo comportaría la modificación de los artículos 5, 6, 9 y la adicional primera de la Ordenanza relativos a la base imponible y cuantificación de la cuota y gestión de la tasa cuyo estudio nos convoca.

Así, lo único que nos es dado debatir en esta causa es la modificación o actualización de la disposición de carácter general aludida, porque el resto de la Ordenanza quedó invariada, no siendo obviamente concreto objeto del recurso que nos ocupa.

**Tercero.** El contenido de la Ordenanza original de la tasa de Guadalajara ha sido enjuiciado de legalidad en numerosas Sentencias dictadas por esta misma Sala proyectando siempre al caso la reciente doctrina del Tribunal Supremo, a su vez considerando el criterio sobre el fondo de la gestión litigiosa del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Así por ejemplo vienen expresando este Tribunal (S. de 27 de Enero de 2014, R. 212/2012 ) y en ellos reiteramos: "**Tercero.-** Esta misma Sala y Sección ya se ha manifestado sobre la cuestión litigiosa de fondo y con carácter general en varias Sentencias dictadas en los últimos meses del año 2012 y a lo largo del año 2013. Más en concreto, la primera de la serie, Sentencia nº 213, de 24 de Septiembre de 2012, recaída en el Recurso de Apelación 242/10 y otras más, incluida la de 13 de Mayo de 2013 (recurso ordinario nº 787/09, Ponente Montero Martínez) precisamente por haberse impugnado la misma Ordenanza. Sentencia de la que transcribimos sus fundamentos jurídicos segundo a quinto, del siguiente tenor:

« **Segundo.** Como es sobradamente conocido por las partes contendientes, Ordenanzas como la presente pendían de la resolución que pudiera adoptar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el planteamiento de distintas cuestiones prejudiciales por parte de nuestro Tribunal Supremo. Dicho Tribunal Europeo ha dictado Sentencia con fecha doce de julio de 2012 , mediante la cual declaró:

"Primero. El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de siete de marzo de 2002 , relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

Segundo. El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo."

**Tercero.** Como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo ha dictado ya numerosas Sentencias, desde tres iniciales -una de ellas de diez de octubre y dos de quince de octubre de 2012-, acogiendo ya la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por su evidente aplicabilidad al caso cuyo estudio nos convoca, transcribimos aquí el contenido del fundamento jurídico tercero de la de quince de octubre de 2012, autos de recurso de casación 1.085/2010:

[*"Ante este pronunciamiento, procede estimar el motivo de casación, lo que comporta, a su vez, la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto, con la consiguiente anulación del último inciso de los art. 2 y 3 del Ayuntamiento de Tudela, en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas*



municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de aquellos elementos, a las que igualmente define como sujetos pasivos.

Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso".

Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el Municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio".

**Cuarto.** En nuestro caso, Ordenanza de Uclés, Cuenca, los artículos directamente afectados son el 2, relativo al hecho imponible, en cuanto no distingue entre titulares o no de las redes; el 3, referido a los sujetos pasivos, por la misma razón; y el 5, relativo a la base imponible y cuota tributaria de la tasa; en la medida en que como consecuencia de la anterior se pudieran ver afectados, también los artículos 7 -período impositivo y devengo de la tasa-, 8 -régimen de declaración y de ingreso- y el 10, infracciones y sanciones. Y siempre teniendo en cuenta que la doctrina antecitada del Tribunal Supremo viene referida a las empresas explotadoras del servicio de telefonía móvil -no al resto de las de suministros-, pero de forma señalada a las que no son titulares de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales. En pura teoría, al margen de lo que luego se dirá respecto a la cuantificación de la tasa, una Ordenanza como la aquí estudiada podría ser aplicada a las empresas de telefonía móvil que sí fueran titulares de las citadas instalaciones o redes.

**Quinto.** En consecuencia, y puesto que esta Sala no puede ( art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ) determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen, procede declarar la nulidad de los artículos mencionados en cuanto, al regular el hecho imponible de la tasa controvertida, no distingue entre empresas explotadoras del servicio de telefonía móvil titulares y no titulares de las instalaciones y redes necesarias para la prestación del servicio, sin que pueda vincularse el hecho imponible a las empresas no titulares de aquellas. Sin perjuicio de que, además y con carácter general, el resto de artículos de la Ordenanza que finalmente no queden expresamente anulados, tampoco podrían aplicarse a esas empresas no titulares.

Pero es que, además, sobre criterios semejantes a éstos de determinación de la base imponible, no sólo para las empresas de telefonía móvil sino para todas las demás de suministros, criterios basados en la cuota de mercado, ya nos hemos manifestado con anterioridad, por ejemplo en Sentencia de fecha veinticuatro de septiembre de 2012, autos de recurso de apelación nº 242/2010, y antes en Sentencia de veinte de diciembre de 2010, autos de recurso contencioso-administrativo 843/2007. Del juego conjunto de ambos argumentos se extrae la necesaria anulación de los preceptos.»

Todo lo que precede nos conduce adecuadamente a la estimación del recurso contencioso administrativo, porque no asiste la razón jurídica al Ayuntamiento que en su escrito de conclusiones se aferra al criterio recogido en una serie de Sentencias del Tribunal Supremo muy anteriores a las de 15 de octubre de 2012, a su vez posterior en consonancia con la dictada por el Tribunal de Luxemburgo de 12 de julio de 2012, asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11, Directiva 2002/20/CE.

Se impone además la estimación de la pretensión con anulación de la ordenanza, en este caso y a diferencia de bastantes otros enjuiciados por la Sala, únicamente referida a la tasa de aprovechamiento especial de empresas que prestan servicio) de telefonía móvil. "

**Cuarto.-** Como hemos indicado, la modificación reglamentaria objeto del recurso se limita a fijar la fórmula para la exacción de la tasa a partir de la determinación de la base imponible con causa en la utilización del dominio público local por parte de los servicios de telefonía móvil que precisen utilizar la red de telefonía fija



instalada en el municipio a la que tiene plasmación de la fórmula para la habilitación. Pues bien, tal proceder que siendo incompatible con las prescripciones legales, derecho interno y comunitario.

Sobre cuestión esencialmente igual a la que ahora nos ocupa, la actualización de los parámetros necesarios para cuantificar la tasa, también hemos dictado Sentencia de la misma fecha, veinticuatro de julio de 2013, autos 79/2012, en los siguientes términos:

[En el presente caso es evidente que debe admitirse el allanamiento, por cuanto, como se indica en la propia resolución de la Alcaldía de Ayuntamiento, nos encontramos en un tema, donde después de iniciales dudas, tras la doctrina fijada inicialmente por parte del TJUE ante diversas cuestiones prejudiciales formuladas sobre la materia, así como la posterior jurisprudencia elaborada por nuestro Tribunal Supremo, se alcanza la conclusión de que el artículo 5 de la ordenanza no es conforme a derecho, ni en la redacción originaria, sobre la que con fecha 15 de julio de 2013 (P.O. 73/10 de esta misma Sala y Sección) ya ha recaído pronunciamiento en ese sentido, ni evidentemente esta versión, que se limita a realizar una actualización de los parámetros utilizados para el cálculo de la base imponible para el ejercicio 2012, siendo oportuno estimar la pretensión ejercitada"].

En todos los casos concluimos en la estimación de los distintos recursos contencioso-administrativos, anulando la Ordenanza o alguno de sus preceptos por las razones sobradamente conocidas por las partes contendientes, pero que podemos resumir en la imposibilidad, a raíz de la STJUE de doce de julio de 2012 y SSTs de diez y quince de octubre inmediatos siguientes, entre otras, de que se cuantifique la tasa que nos ocupa sobre la premisa de los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso. Todo ello se dice, aunque no vayamos más allá de su simple mención, con independencia de que no cabe exigir una tasa como la que regula la Ordenanza actualmente comentada a las empresas operadoras de telefonía móvil que no sean titulares de las redes o infraestructuras necesarias para la prestación del servicio.

**Quinto.** La actualización de la Ordenanza del **Ayuntamiento de Guadalajara** afecta a la base imponible y a la cuota tributaria, con la utilización de criterios como consumo telefónico medio estimado por unidad urbana, coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil o cuota de participación en el mercado -tanto modalidades de postpago como de prepago-.

Vemos, pues, que el precepto tan citado reproduce los mismos vicios de ilegalidad que ya generaron nuestros anteriores pronunciamientos, por lo que el recurso correrá igual suerte, estimatoria de la pretensión de la actora, aunque sólo parcial, porque el petitum de la demanda, como antes expusimos, se refería a toda la Ordenanza, mientras que lo que puede ser objeto de enjuiciamiento aquí es la actualización de la base imponible y cuota tributaria.

**Sexto.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no realizamos expreso pronunciamiento en costas.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad que nos ha sido conferida por el Pueblo Español a través de la Constitución y en nombre de su Majestad El Rey,

## FALLAMOS.-

Que **estimamos PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo del **Ayuntamiento de Guadalajara**, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 28 de diciembre de 2011, por el que se aprobó la modificación de la Ordenanza Fiscal referida a la tasa por telefonía móvil, artículos 5, 9 y disposición adicional primera, **preceptos que anulamos por disconformes a Derecho**. Sin pronunciamiento en costas.

Firme que sea esta Sentencia, publíquese su parte dispositiva en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente a cargo del Ayuntamiento demandado, en legal forma, art. 72.2 de la LJCA.

Contra la presente Resolución cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo establecido en el art. 86.3 de la Ley Rituaria Contencioso-Administrativa.

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