

## **Los Ayuntamientos no pueden gravar la emisión de ondas radioeléctricas de las empresas explotadoras de telefonía móvil que transitan por el vuelo del municipio**

[14/02/2017](#) - [Jurisprudencia](#) - [Tribunal Supremo](#)

**Confirma la Sala la nulidad del art. 2 b) de la Ordenanza Reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de Telecomunicaciones que utilizan el dominio público para prestación de los mismos, del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro.**

### ***Iustel***

El precepto grava a las operadoras de telefonía móvil que realizan el aprovechamiento a través de sus clientes, que, haciendo uso de la telefonía móvil, están ocupando dominio público local por la que pagan a sus operadoras; y tiene en cuenta como hecho imponible la titularidad de infraestructuras, así como el uso del suelo y vuelo del sistema de las comunicaciones por ondas de radio que precisen o no infraestructuras. Con ello lo que grava es la emisión de ondas radioeléctricas que transitan por el vuelo del municipio. Teniendo en cuenta que el derecho de vuelo va ligado a las construcciones e infraestructuras que puedan realizarse sobre la superficie del terreno, ese derecho no puede definirse como una facultad genérica del titular del suelo para considerar hasta el infinito todo “el aire” que se extiende sobre su propiedad. A lo anterior se une que la tasa de telefonía móvil por uso del dominio radioeléctrico invade las competencias estatales y supone una manifiesta duplicidad impositiva.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 2.<sup>a</sup>**

#### **Sentencia 1640/2016, de 05 de julio de 2016**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 554/2015

Ponente Excmo. Sr. JUAN GONZALO MARTINEZ MICO

En Madrid, a 5 de julio de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 554/2015 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN CEBRIÁN DE CASTRO ( Zamora ) y por la FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES Y MUNICIPIOS CON CENTRALES HIDROELÉCTRICAS Y EMBALSES, representados por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar y bajo la dirección técnica jurídica de D.<sup>a</sup> Mercedes Gonzalo, abogada del Ayuntamiento, y de D. Javier Gonzalo, como abogado de la Federación, contra la sentencia dictada, con fecha 12 de enero de 2015, por la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso del citado orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el num. 84/2014, relativo a la Ordenanza fiscal num. 15 del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro ( Zamora ), reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para la prestación de los mismos, publicada en el B.O.P. de Zamora n.º 150 de 13 de diciembre de 2013.

Ha comparecido como parte recurrida TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. representada por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago y dirigida por el letrado D. Clemente Celso Lombardía de Davadillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo num. 84/2014 seguido ante la Sección Tercera de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, se dictó la sentencia num. 60/2015, de 12 de enero, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: Estimar íntegramente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la entidad Telefónica Móviles España, S. A. ( Sociedad Unipersonal ) contra la Ordenanza Fiscal num. 15, Reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de Telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para prestación de los mismos, publicada en el B.O.P. de Zamora n.º 150, de 13 de diciembre de 2013, declarándose en consecuencia la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 b), 4.1 B) Y 4.3 B), y condenando al Ayuntamiento demandado al abono de las costas procesales.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro y de la Federación Nacional de Asociaciones y Municipios con Centrales Hidroeléctricas y Embalses preparó recurso de casación contra la sentencia dictada y, habiéndose tenido 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 16 de marzo de 2015 formalizó el recurso de casación interesando 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 San Cebrián de Castro de 4 de diciembre de 2013 que aprobó la Ordenanza Fiscal num. 15, reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para la prestación de los mismos, aplicable a partir del día 1 de enero de 2014.

CUARTO.- La representación procesal de Telefónica Móviles España S.A. formalizó con fecha 25 de Junio de 2015, escrito de oposición al recurso de casación interesando sentencia que lo inadmita o, en su defecto, lo desestime, declarando firme la sentencia recurrida e imponiendo las costas a la Administración y Federación recurrentes.

QUINTO.- Por providencia de 8 de abril de 2016 se señaló para votación y fallo el 21 de junio de 2016, día en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló, lo que se llevó a cabo con el resultado que ahora se expresa.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El recurso de casación interpuesto se fundamenta en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate ( Art. 88.1º.d) de la Ley Jurisdiccional ), infracción del artículo

13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de

7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ( Directiva Autorización), infracción de los artículos 20, 24.1a ) y 25 del RDL 212004 que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y de la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en

relación al Hecho Imponible, la cuantía y la justificación de la cuota tributaria de la Tasa por la utilización o aprovechamiento especial del Dominio Público.

La sentencia incurre en infracción del Ordenamiento Jurídico al no aplicar correctamente, y de forma contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 20, 24.1. a ) y 25 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 y de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en relación al hecho imponible, la cuantía y justificación de la cuota tributaria.

Segundo: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate ( Art. 88.1º.d) de la Ley Jurisdiccional ). Infracción del artículo

61 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público en relación al artículo 105 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL ).

La Sentencia incurre en infracción del artículo 61 de la Ley 25/1998, que modifica la Ley de Tasas y Precios Públicos así como artículo 105 y ss. de la LBRLL y la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en relación a los supuestos contemplados para poder exigir tasas por ocupación del dominio público local siempre que lleven aparejada un beneficio o utilidad económica.

Tercero: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate ( Art. 88.1º.d) de la Ley Jurisdiccional ). Infracción del artículo

79 Y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), artículo 350 del vigente Código Civil en relación al artículo 5 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas junto a los artículos 1 a 8 y 74 y ss. del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Los preceptos que se consideran infringidos regulan de un modo u otro los bienes de dominio público local, su propiedad en tres dimensiones existentes (suelo, vuelo y subsuelo) así como los diferentes usos contemplados en las mismas sobre el dominio público local.

Así, en este punto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que ahora se recurre está incurriendo en una errónea aplicación de la normativa enunciada y de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo en tanto en cuanto ha realizado una interpretación sin tener en cuenta que las operadoras de telefonía móvil y, más en concreto, la operadora Telefónica Móviles, a través de sus clientes - usuarios, cuando éstos hacen uso del teléfono móvil en plena vía pública, están realizando un claro uso u ocupación privativa del suelo y vuelo local.

SEGUNDO.- En su primer motivo de casación dice la parte recurrente que la sentencia no ha alcanzado a comprender el significado real no ya de la Ordenanza Fiscal si no, en concreto, del propio hecho imponible.

Para la mejor comprensión del motivo, la parte lo divide en cuatro submotivos encaminados a demostrar la vulneración por la sentencia recurrida del art. 20 y siguientes del TRLHL, así como la malinterpretación realizada por el Tribunal de instancia de la Directiva autorización y sentencias del TJUE y ulteriores de este Tribunal Supremo para terminar demostrando la realización del hecho imponible por parte de Telefónica Móviles España.

1.- Infracción del art. 20 y siguientes del TRLHL.

Se adelanta por la recurrente que la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro no grava el espectro radioeléctrico; no grava las ondas de la telefonía y no grava mediante tasa nada que tenga que ver con autorizaciones para facilitar el suministro de la telefonía móvil.

Adentrándonos en lo que debe entenderse como hecho Imponible, establece el *artículo 20 del TRLHL* que

"1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (...)"

Siguiendo lo estipulado en dicho precepto legal, el Ayuntamiento de San Cebrián de Castro procedió, en Diciembre de 2013, a aprobar una Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones que utilizan el dominio público local para la prestación de los mismos.

Esta Ordenanza guarda unas claras diferencias para con las Ordenanzas llamémoslas "antiguas". La Ordenanza de San Cebrián de Castro contempla dos hechos imponibles distintos, a saber:

1. Por un lado, se grava con dicha tasa a todas las operadoras que sean propietarias de instalaciones fijas ubicadas en dominio público local.

2. Por otro- lado, y viendo que la ocupación del dominio

público local que realiza la telefonía móvil no se agota en el supuesto anterior, la Ordenanza del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro grava a aquellas operadoras de telefonía móvil (siempre bajo el precepto 24.1.a) ) que realizan una utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a través de sus clientes. Esto es, las personas físicas que haciendo uso de la telefonía móvil están ocupando dominio público local, ocupación por la que ya pagan los clientes una cuantía mensual a sus operadoras, por la que es la propia operadora la que obtiene un claro lucro.

Conviene empezar distinguiendo entre unas y otras Ordenanzas [ las antiguas y la novedosa del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro ] para luego ver de qué manera se les aplica la Ordenanza impugnada.

A. Las antiguas Ordenanzas Fiscales que regulaban la Tasa por ocupación del dominio público local a favor de las Operadoras de Telefonía Móvil gravaban a dicho sector por la ocupación que del dominio público hacían las mismas con instalaciones fijas.

Hablando coloquialmente, las Ordenanzas antiguas basaban su hecho Imponible en la utilización física del dominio público local a través recursos físicos, tales como antenas o instalaciones que materialmente ocupen dicho dominio público municipal. Pero el error no era ese, sino que fue el que se gravaba "con independencia de quien fuera titular. Luego si Movistar, por ejemplo, tenía una antena física en el municipio de San Cebrián de Castro y de esa antena hacían uso, a su vez, France Telecom y Vodafone, entre otras, de acuerdo con la antigua Ordenanza Fiscal, estas operadoras debían de pagar igualmente la tasa. El error fue incluir la frase: "con independencia de quien fuera titular dentro del contexto de "instalaciones físicas".

El TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012, declaró que el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos ( físicos ) 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."

El TJUE fue claro. Cuando de instalación de recursos físicos se trata ( antenas o instalaciones físicas) estableció que únicamente se podía cobrar un canon (tasa) a aquéllos que son propietarios de esa antena o instalación física. Luego, volviendo al ejemplo expuesto con anterioridad, si la antena física ubicada en el municipio de San Cebrián de Castro es de Movistar, ésta será la única operadora (según el TJUE) que satisfaga la tasa por estar ocupando dominio público local con esa antena física. Ni France Telecom ni Vodafone deberían, por tanto, satisfacer la tasa.

Y este es precisamente el *hecho Imponible* que se recoge en el *artículo 2. a) de la Ordenanza* de San Cebrián cumpliendo, lo establecido por el TJUE:

"La titularidad dentro del dominio público local de las instalaciones o infraestructuras de todo tipo, incluidos, antenas, tuberías, arquetas, líneas, conducciones, túneles etc., aptas para facilitar las comunicaciones entre otros supuestos de telefonía móvil, emisoras o receptoras, estaciones base y demás, tanto si se hallan en el suelo como en el subsuelo o vuelo del dominio público local".

Luego es evidente que el Ayuntamiento de San Cebrián de Castro, mediante el artículo 2. b) de su Ordenanza Fiscal, grava únicamente a la titular de esas Instalaciones físicas y no a las demás operadoras que no son titulares. Por tanto, volviendo al ejemplo expuesto con anterioridad, si la antena física ubicada en el municipio de San Cebrián de Castro es de Movistar, ésta será la única operadora que satisfaga la tasa por estar ocupando dominio público local con esa antena física. Ni France Telecom ni Vodafone deberían, por tanto, satisfacer la tasa. Y lo mismo sucederá al contrario. Si Movistar no es titular de ninguna instalación física no deberá pagar tasa.

B. Viendo que la ocupación del dominio público local que realiza la telefonía móvil no se agota en el supuesto de operadoras que sean titulares de instalaciones fijas ubicadas en dominio público local, el art. 2. b) de la Ordenanza Fiscal de San Cebrián de Castro grava a aquellas operadoras de telefonía móvil que realizan una utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a través de sus clientes ( no instalaciones ni recursos físicos ), esto es, las personas físicas que haciendo uso de la telefonía móvil están ocupando dominio público local, ocupación por la que ya pagan los clientes una cuantía mensual a sus operadoras. Este supuesto grava a todas las operadoras de telefonía móvil que dispongan de líneas de telefonía móvil en el municipio por el hecho de que los portadores de móviles de esas líneas utilizan o aprovechan de manera especial el suelo del dominio público local por cuanto ocupan el suelo de dicho espacio o suelo público portando móviles que pueden emitir o recibir señales por las que la operadora obtiene un claro beneficio de ello. La ocupación que realizan del dominio público local los portadores de teléfonos móviles implica un claro beneficio de la compañía contratada ya que éstos (los clientes) pagan a la compañía por poder usar el terminal móvil en dominio público local.

Luego, existiendo una ocupación privativa o aprovechamiento especial por parte de la telefonía móvil, aplicar el criterio acogido por la Sentencia recurrida implica una clara vulneración del artículo 20 y ss del TRLHL.

## 2. Malinterpretación de la sentencia de 12 de julio de 2012.

En el supuesto de operadores de telefonía móvil que realizan una utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a través de sus clientes, sin instalaciones o recursos físicos, no cabe, como hace la sentencia recurrida, aplicar a este hecho imponible del art. 2. b) de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de San Cebrián la sentencia de 12 de julio de 2012 por cuanto ésta se basaba en la imposición de cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada. En este hecho imponible del art. 2. b) de la Ordenanza no se está teniendo en cuenta ni recursos físicos ni autorizaciones administrativas.

Dice el art. 2.2 de la Ordenanza que el " hecho imponible de la tasa consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, que en el desarrollo de su actividad lleven a cabo los sujetos pasivos, posibilitando la transmisión y recepción de información a distancia tanto de datos como de voz o imagen, disponible al público en general, en los supuestos siguientes:...

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

Las operadoras de telefonía móvil utilizan el art. 13 de la Directiva 202/20/CE que regula las tasas por costes administrativos en la autorización para operar y los cánones por instalación de recursos. Lo que no está regulado es que un Ayuntamiento no pueda cobrar una tasa a las operadoras por usar, a través de sus usuarios ( personas físicas ) el dominio público local. No se trata, en este supuesto, de una autorización para operar ni esa tasa es por instalación de recursos físicos.

El error de TME es confundir la telefonía móvil técnicamente hablando, con "posibilidades intercomunicativas de la telefonía móvil".

La ocupación del dominio público local puede realizarse por multitud de elementos, no sólo por instalaciones físicas.

Si estamos ante una ocupación del dominio público realizada por una instalación o antena de telefonía, pagará la titular de esa antena. Pero si estamos ante una ocupación de la vía pública que realiza el usuario (persona física) y de esa ocupación quien está obteniendo un claro beneficio es la Operadora, aquí no tiene cabida ni la Directiva Europea de Autorizaciones ni, mucho menos, la Sentencia del TJUE puesto que dicha sentencia se ha dictado en base a "instalaciones físicas".

Por tanto, resulta evidente que no puede serle de aplicación la Sentencia del TJUE al hecho imponible regulado en el artículo 2. b) de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro.

### 3. Malinterpretación de la jurisprudencia del TJUE.

En relación al hecho imponible del ar. 2 b) de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro, se invoca la Sentencia del TJUE de 27 de Junio de 2013, dictada al amparo de una cuestión prejudicial planteada por el Gobierno de Malta en relación a un impuesto especial que pretendían imponer a Vodafone Malta. Un impuesto que ha sido respaldado por el TJUE en el sentido de estimar su imposición por no afectar a las tasas administrativas o cánones regulados en los artículos 12 y 13 de la Directiva de autorizaciones. Es decir, se trataba de un tributo que "excedía" de las limitaciones contempladas en la Directiva de autorizaciones y que, por tanto, el TJUE no vio razón alguna para impedir su imposición pues al no estar relacionado con una autorización no imposibilitaba dicho gravamen.

El hecho imponible del Impuesto Especial (que pretendía el Gobierno de Malta gravar a Vodafone) no era la autorización concedida al operador de prestar el servicio, sino el consumo de ese servicio. móvil.

4. Realización del hecho imponible por parte de la telefonía La telefonía móvil se halla incardinada, a los efectos del gravamen, con la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en el artículo 24.1. apartado a) del TRLHL.

El quid de la cuestión pasa por determinar si la telefonía móvil realiza o no el hecho imponible cuando un cliente de la operadora, persona física, hace uso de un teléfono móvil en la vía pública, uso por el cual paga a dicha operadora y es ésta, por tanto, la que termina beneficiándose de que su cliente pueda usar el terminal móvil en la vía pública.

No se ha cuestionado en las actuaciones que quien lleva un teléfono móvil activo y camina usando el dominio público local (la calle) está recibiendo un servicio en vía pública. Servicio, como se ha dicho, por el que una compañía (en este caso TME) se está lucrando por ello. Es decir, dicho "hecho imponible", que es el que regula el artículo 2. b) de la Ordenanza Fiscal, no ha sido en ningún momento rechazado ni rebatido por ninguna de las partes ni peritos. Más al contrario, no se discute.

Es decir, un teléfono móvil, se use directamente o no, está siempre en funcionamiento. Para poder estar operativo para ese usuario, la operadora que tenga contratada está obteniendo un claro beneficio económico. Pensemos, por ejemplo, en que mientras una persona física va caminando por la calle, puede ir escuchando la radio o puede, en cualquier momento, recibir un correo electrónico. ¿Qué se necesita para poder hacer uso de dichas prestaciones?, pagar a la operadora de Telefonía Móvil. Luego, quién se está lucrando por el uso de la vía pública es la operadora de telefonía móvil.

El régimen jurídico vigente en esta materia viene constituido, por lo dispuesto en los arts. 20 a 22 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, los cuales establecen que para exigir una tasa como la aquí discutida es preciso que se produzca la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

Por tanto, teniendo presente lo expuesto, no cabe duda de que siempre que se produzca una ocupación o aprovechamiento especial del dominio público local, el Ayuntamiento podrá exigir una tasa por dicha utilización. Y en la telefonía móvil se está realizando una clara utilización del dominio público local.

Por tanto, la Sentencia del TSJ de Castilla y León que se recurre está incurriendo en una errónea aplicación

de la normativa enunciada y de la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (entre otras, STJUE de 12 de Julio de 2012 y Sentencia de 27 de Junio de 2013) como del propio Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 10 y 17 de octubre de 2012 al inaplicar el criterio seguido por dicho Tribunal en cuanto a que la tasa por ocupación del dominio público local grava a quienes obtienen un claro provecho y ventajas de sus propios clientes, los cuales son los que usando el móvil utilizan la propia vía pública. Quién lleva un teléfono activo y camina usando el dominio público local (calle) está recibiendo un servicio en vía pública y una compañía se lucra de ello.

Por este motivo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Castilla y León (Valladolid) debe ser casada y anulada declarando conforme a Derecho los artículos 2. b), 4.1. B) y 4.3. B) de la Ordenanza

Fiscal número 15 del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro.

TERCERO.- Falta de realización del hecho imponible en la Ordenanza impugnada.

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

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

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

Siguiendo con la redacción del hecho imponible, se manifiesta que, aunque se refiere a los servicios de las empresas de telecomunicaciones, ello es *" con independencia de si tienen éstas o no instalaciones fijas gravadas con la letra a) anterior)".* Lo que quiere gravar la tasa, y así lo hace, es el hipotético aprovechamiento del dominio público local por las operadoras de telefonía móvil, ya sean titulares o no de las infraestructuras que se puedan emplear para la prestación de sus servicios. Y en relación con esto, ha quedado muy claro, tanto en la Sentencia de 12.07.12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en numerosas sentencias de esta Sala, que imponer una tasa de este tipo en relación con los servicios de interconexión que pueden recibir las operadoras de telefonía móvil es contrario a la Directiva Autorización, si gravan a las operadoras que no son propietarias de esas infraestructuras.

El inciso final del párrafo analizado se refiere a *"cuyos usuarios ocupan o pueden ocupar suelo del dominio público municipal"*. Si de lo que se trata es de gravar un determinado uso o aprovechamiento del dominio

público local, que va a suponer un indudable efecto económico, lo menos que se puede exigir al hecho imponible es precisión. Y lo que menos tiene este hecho imponible es claridad y precisión.

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

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

2. La telefonía móvil está expresamente excluida del concepto de utilización privativa o aprovechamiento especial del artículo 24.1. c) del TRLHL que se expresa del siguiente modo:

"No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil".

El método de valoración que impone la Ordenanza no solo se está aplicando a todos los operadores de telefonía móvil aunque no sean los titulares de las redes(contradiendo así la directiva Autorización),sino que tampoco se refiere al valor de mercado que establece la norma(24.1.A), imponiendo un criterio en función de los ingresos de las compañías, teniendo además en consideración sus ingresos relacionados con los usuarios que utilizan los teléfonos en el municipio. Esto implica que está más cerca este método de valoración con un impuesto de actividades económicas, que con un impuesto relacionado realmente con la utilización o aprovechamiento del dominio público local. Además de ello, poco le importa a la Ordenanza, dado el texto del artículo 4º-3-b), que realmente haya usuarios de telefonía móvil que transitan y hagan uso del móvil cuando están en el dominio público municipal (según se predica del hecho imponible), sino que lo único que busca es establecer un gravamen en función del uso de los teléfonos móviles que pueden hacer todos los usuarios del mismo, aunque procedan de otros municipios y empleen el móvil cuando están en sus viviendas o en lugares que no sean municipales.

En definitiva, con independencia de la forma que se le quiera dar al texto de la norma, lo que en la práctica se ha establecido es una tasa por una actividad económica, que trata de gravar la existencia de una riqueza, que nada tiene que ver con un efectivo aprovechamiento del dominio público local.

Por lo demás debe decirse:

- Al no estar los servicios de telefonía móvil incluidos en el régimen especial de cuantificación de la tasa del apartado c) del art. 24.1 del TRLHL, tan solo podría pensarse, desde un punto de vista meramente teórico, en su inclusión en el apartado a).

- La Ordenanza no establece un método de valoración conforme con lo dispuesto en el apartado a) ( valor de mercado de la hipotética utilidad del aprovechamiento del dominio público municipal), sino que se centra específicamente en el nivel de ingresos de la compañía.

- Desde un punto de vista teórico se refiere la Ordenanza al tránsito de las señales electromagnéticas por el término municipal en función del uso que del servicio puedan dar los usuarios cuando transitan por el dominio público local, pero en la práctica el método de valoración se desvincula( de esa circunstancia y se centra en el número de clientes de las operadoras y con ello, en el nivel de ingresos de las mismas. Se trata por lo tanto de un método de valoración que nada tiene que ver con el hecho imponible, al tiempo que el hecho imponible coincide con la tasa correspondiente a la reserva estatal del dominio radioeléctrico. Para que el método de valoración se refiriera realmente al hecho imponible, debió determinar con precisión



cuales son las emisiones electromagnéticas que, correspondientes a TME, circularon por el dominio público municipal y en función de ellas debió establecerse su implicación en el valor de mercado. Aún en el caso de que tal actuación se hubiera podido llegar a realizar, se estaría claramente en el ámbito de aplicación de la tasa estatal correspondiente a la utilización del dominio público radioeléctrico.

- La Ordenanza vulnera de este modo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012.

- La Ordenanza vulnera igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en esta materia.

### 3. Vulneración de Derecho de la Unión Europea.

La tasa que regula la Ordenanza impugnada no sólo supone una vulneración manifiesta de nuestro Derecho interno, sino que, además, constituye un notorio quebrantamiento del Derecho Comunitario Europeo, ya que nuestra legislación sectorial es fruto de la trasposición de Directivas y Decisiones Comunitarias que han sido dictadas en la materia.

Entre ellas, cabe destacar la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco) que declara competentes a las autoridades nacionales para la atribución de radiofrecuencias y su reglamentación, la cual habrá de regirse por criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, teniendo en cuenta que la atribución y asignación de frecuencias ha de realizarse del modo más eficiente posible (artículo 19).

Asimismo, en su artículo 7, establece el principio general por el cual debe aplicarse el sistema de armonización menos gravoso posible al suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas con el fin de estimular el desarrollo de nuevos servicios de comunicaciones paneuropeas.

Igualmente se vulnera la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, cuyo objetivo es establecer en la Unión Europea un marco político y jurídico que asegure la coordinación de los planteamientos políticos y, en su caso, las condiciones armonizadas que permitan la disponibilidad y el uso eficiente del espectro radioeléctrico. De esta Decisión Europea del Parlamento, vinculante para las autoridades nacionales, hereda nuestra legislación la definición del espectro radioeléctrico.

Pero la vulneración más inequívoca la encontramos con respecto a la Sentencia del TJUE de fecha 12 de Julio de 2012, que se dictó a fin de resolver la cuestión prejudicial que le fue planteada por este Tribunal Supremo respecto a la interpretación del art. 13 de la Directiva 2002/20/CE, pronunciándose dicho TJUE con toda claridad sobre la materia que constituye el objeto de la presente litis en el sentido de considerar ilegal la imposición de la tasa a aquellas compañías de telefonía móvil que no sean titulares de las redes instaladas en el dominio público local.

En concreto la sentencia de 12 de julio de 2012 del TJUE declaró improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas en los siguientes términos:

"1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil".

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

Así pues, la STJUE 12 de julio de 2012 se pronuncia tajantemente al establecer que lo que se puede gravar por encima o por debajo de una propiedad pública o privada son exclusivamente los derechos para la instalación de recursos y solo a sus propietarios, en ningún caso el tránsito de las ondas.

Este pronunciamiento fue hecho suyo por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 10 y 15 de octubre de 2012 dictadas en los recursos de casación 4307/2009 y 1085/2010.

La Sentencia de 10 de octubre de 2012 que venimos reseñando continuó diciendo lo siguiente " 2. Para dar una respuesta al recurso que hoy nos convoca y analizar la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia, es necesario hacer una referencia al marco normativo aplicable en sus aspectos fundamentales.

Para ello, hemos de partir del contenido de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización. Tales preceptos señalan lo siguiente:

#### "Artículo 12. Tasas administrativas

1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados.

#### Artículo 13. Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos.

Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radio frecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)" Conforme a este precepto, los hechos u objetos susceptibles de canon son tres: el uso de radio frecuencias, la asignación de números y el reconocimiento de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada.

3. En la cuestión prejudicial que este Tribunal formuló al Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuérdese que la primera pregunta que se planteaba era la de si el artículo 13 de la Directiva autorización debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permita exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usen para prestar servicios de telefonía móvil.

Y en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que el artículo 13 de la Directiva autorización "debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil".

Razona al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo siguiente: "28. Con carácter preliminar, ha de observarse que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006 (TJCE 2006, 217), Nuova società di telecomunicazioni, C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011 (TJCE 2011,

56), Telefónica Móviles España, C-85/10, Rec. p. 1-0000, apartado 21).

En este apartado, el TJUE, ampliando a la Directiva 2002/20/CE lo ya dicho para la Directiva 97/13/CE, acepta que la Directiva de autorización se configura como una directiva de máximos, de modo que en el marco de dicha directiva, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella. El marco común que la Directiva pretende instaurar carecería de eficacia si los Estados miembros pudieran determinar libremente las cargas fiscales que deben soportar las empresas del sector.

29. Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radio frecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radio frecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los “derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma” en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

32. Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos “recursos” e “instalación” remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

33. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

34. Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de “canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público”.

En aplicación de esta doctrina habrá que entender que sólo los operadores de telefonía móvil quedarán liberados del pago de la tasa municipal cuestionada; no así, el resto de operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, televisión, servicios de datos...). El alcance de la sentencia de 12 de julio de 2012 del TJUE se limita a la telefonía móvil, pues sólo sobre la misma versaba la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo y sólo a este tipo de telefonía se refiere la sentencia...

A la vista de lo que antecede procede estimar este motivo de casación, lo que conlleva, a su vez, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, con la consiguiente anulación de los siguientes

preceptos de la Ordenanza impugnada del Ayuntamiento de Santa Amalia:

a) Del artículo 2.2 en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de aquellos elementos a las que implícitamente se refiere el artículo 2.2 de la Ordenanza en el inciso final "con independencia de quién sea el titular de aquéllas" (de las antenas, instalaciones o redes). La extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resulta contraria al artículo 13 de la Directiva autorización.

b) Del artículo 3.2 en cuanto atribuye la consideración de sujeto pasivo de la tasa de telefonía móvil a las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 3, "tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas".

La solución a que se llega es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales (RCL 1988, 2607 y RCL

1989, 1851). Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002..."

Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9668) dictada en el recurso de casación núm. 1085/2010 referido a la Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela (Navarra) añadió que " Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecúa a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso".

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

Dicha doctrina fue luego reproducida por este Tribunal Supremo en numerosas Sentencias de 7 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 676) - en relación con municipios de la Comunidad Valenciana -, 23 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10925) -municipios de la Comunidad Valenciana y Extremadura-, y 16 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10881) -Extremadura -, 18 y 25 de enero y 8 de febrero -Andalucía -, 15 y 22 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2959) -Cataluña-, entre otras muchas. De entre las últimas dictadas podemos citar la STS de 10 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5469) recaída en el recurso de casación núm. 985/2014 interpuesto por "Vodafone España, S.A." contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 18 de febrero de 2013 (JT 2013,

1256), en el recurso contencioso- administrativo núm. 1081/2010, interpuesto contra el Acuerdo de aprobación de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Mijas (Málaga).

Antes de enjuiciar el efecto de tales pronunciamientos sobre la Ordenanza aquí impugnada conviene significar que en contestación a la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 17 de Barcelona en el recurso 273/2010 sobre " 1.-Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de las redes de telecomunicación. 2.- Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado ", dicho Tribunal se pronunció por *Auto de fecha 30 enero 2014* en los siguientes términos: " El Derecho de la Unión debe interpretarse a la vista de la sentencia de 12 julio 2012, Vodafone España y France Telecom España ( C-55/11, C- 57/11 y C-58/11 ) en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2002 /20/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 marzo 2002, relativa a la utilización de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas (Directiva autorización), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, sin ser propietarios de dichos recursos ".

En el presente caso no se discute que la mercantil recurrente TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. presta el servicio de telefonía móvil en el término municipal de San Cebrián de Castro (Zamora) mediante dos Estaciones Base (BTS) instaladas en terrenos de propiedad privada, las cuales a su vez se conectan a los controladores (BSC) y centrales del servicio móvil (MSC) mediante 8 radioenlaces de su propiedad -que hacen uso del espectro radioeléctrico mediante las concesiones que le han sido asignadas por el Estado- y de 10 circuitos de red fija titularidad de la entidad Telefónica de España, (SAU) mediante la figura de "alquiler de circuitos". Es decir, la mercantil recurrente no dispone de redes fijas propias (instalaciones, infraestructuras) en el dominio público local del municipio demandado.

La Ordenanza impugnada, consciente de lo anterior, sale al paso de las alegaciones en su día formuladas por TME, sobre aplicación de la doctrina del TJUE y del TS ya expuesta señalando " Que la sentencia del TJUE, de 12 de julio de 2012 (TJCE 2012, 198), en nada afecta a la Ordenanza fiscal que pretende aprobar este Ayuntamiento. Es decir, no afecta la teoría y resolución de dicha sentencia puesto que estamos en presencia de otro modelo de ordenanza y otros parámetros que nada tienen que ver con los sometidos a cuestión prejudicial.

El problema analizado por la STJUE de 12 de julio de 2012 era el gravamen impuesto a las teleoperadoras de telefonía que utilizaban redes propias o ajenas "fijas" en el suelo, subsuelo o vuelo y que el Tribunal ciñó sólo a las operadoras titulares de redes (antenas fijas, cables, tuberías etc....) y no a las que sin ser titulares de las mismas, usaban de ellas mediante el pago de cánones, peajes etc....a las titulares.

La Ordenanza fiscal de este Ayuntamiento de San Cebrián de Castro tiene en cuenta como hecho imponible la titularidad de infraestructuras --se refiere al apartado a) del artículo 2º del hecho imponible, no impugnado --, pero también y ahí está la novedad, el uso del suelo y vuelo del sistema puro de telefonía, es decir, de las comunicaciones por ondas de radio que precisen o no de infraestructuras, generalmente si las operadoras que prestan servicio, todas ellas lo hacen posibilitando la emisión de ondas de radio que circulan por el espacio y van de un móvil a una antena y de ahí a un móvil o a un fijo y viceversa; tales ondas circulan por el espacio o vuelo del suelo de dominio público por el que transitan o pueden transitar todos los vecinos, cuando menos, que dispongan de línea de telefonía móvil".

Y esta argumentación es reproducida por el Ayuntamiento <http://en.sheseatestarjain.a.la/> recurrente al manifestar que la Ordenanza no vulnera la doctrina de la STJUE de 12 de julio de 2012 y de las ulteriores del Tribunal Supremo de 10 y 15 de octubre de 2012 ya que el hecho imponible al que se refiere dicha doctrina sólo es de aplicación a las infraestructuras fijas o redes ("instalación de recursos") que física y materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, tales como antenas, cables, cajas de

amarre, repetidores, estructuras, construcciones, etc, que nada tienen que ver con el hecho imponible de la Ordenanza municipal, referida a los propios teléfonos móviles ("celulares") que obviamente no son "instalaciones" -ni la pila, ni la tarjeta, ni los auriculares-, y cuyo uso por sus portadores en el suelo y vuelo del dominio público local constituye en definitiva el verdadero hecho imponible de la Ordenanza impugnada, reiterando que el caso enjuiciado por el TJUE - incluido el Auto de 30 de enero de 2014 - no se refiere al uso del dominio público del portador de móviles sino al uso del dominio de infraestructuras e instalaciones de operadoras que nada tiene que ver.

Es cierto que la STJUE, en congruencia con los términos en que se plantearon las cuestiones prejudiciales, se refieren a la inexigibilidad del canon por derechos de instalación (o de mera utilización o explotación, según el Auto que la complementa) de recursos en una propiedad -en ese caso pública-, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, prestan servicios de telefonía móvil, entendiéndose las expresiones "recursos" e "instalación" como las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate. Sin embargo, el Ayuntamiento. recurrente obvia el tenor literal del artículo 13 de la Directiva autorización sobre el que gira la controversia -- normativa sectorial que prevalece sobre la Ley de Haciendas Locales -- y, señaladamente, las consideraciones que sobre dicho precepto efectúa el TJUE precisamente en relación con la telefonía móvil, esto es, que " la Directiva de autorización se configura como una directiva de máximos, de modo que en el marco de dicha directiva, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella ", y que según se desprende de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización "los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radio frecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma ", lo que el Tribunal Supremo interpretó en el sentido de que " Conforme a este precepto, los hechos u objetos susceptibles de canon son tres: el uso de radio frecuencias, la asignación de números y el reconocimiento de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada ", y que todo ello "obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002... "

Como entiende la Sala de instancia es claro que el TJUE parte del hecho incontestable de que al utilizar las infraestructuras instaladas en el dominio público local las operadoras de telefonía móvil no titulares de las mismas sí explotan ese dominio público pese a lo cual concluye que no les es exigible el canon por los derechos de instalación de recursos en propiedad pública -incluida su mera utilización o explotación- si no son titulares de tales recursos.

En definitiva, en relación con la ocupación de la propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, el artículo 13 de la Directiva únicamente autoriza un gravamen vinculado, primero, a la colocación o instalación física de las infraestructuras y, después, a su titularidad, por lo que no cabe entender amparado por dicho precepto un gravamen municipal como el cuestionado, que se configura al margen o con independencia de las infraestructuras físicas y que, en realidad y puesto que es notorio que los usuarios/clientes en algún momento transitarán por las calles, parques o plazas, se establece como un canon "del sistema puro de telefonía" móvil' -en expresión de la propia Ordenanza-, es decir, un gravamen que recaería sobre la actividad misma que posibilita la emisión de ondas de radio que circulan por el espacio, lo que la Ordenanza denomina, impropia, "vuelo del suelo de dominio público".

Estas consideraciones bastarían para desestimar en su integridad el recurso y confirmar la anulación de los preceptos impugnados por ser contrarios al Derecho de la Unión Europea.

CUARTO.- 1. En relación con el segundo motivo de casación, alega la parte recurrente que la sentencia

recurrida, en su *Fundamento Jurídico Tercer*, establece que " La Ordenanza fiscal de este Ayuntamiento tiene en cuenta como hecho imponible la titularidad de infraestructuras (...) pero también, y ahí está la novedad, el uso del suelo y vuelo del sistema puro de telefonía".

Al amparo de los artículos 20 y ss. del TRLHL, no sólo se produce, en los supuestos contemplados en la Ordenanza, una ocupación de la telefonía móvil cuando su cliente transita por la vía pública, sino que además, es la operadora la que obtiene, beneficio económico.

Esa es la esencia del hecho imponible de esta tasa: La realización de una utilización privativa o aprovechamiento especial obteniendo, por ello, un beneficio económico que nadie más obtiene, Cosa distinta sería que el uso del móvil fuera gratuito.

Así, el artículo 61.3 de la Ley 25/1998, de 13 de Julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, establece que:

"3. No se exigirá el pago de la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, persona autorizada o adjudicatario o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento comporte condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla."

En la misma línea lo establecen los artículos 105 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las bases de régimen local.

Está claro que las posibilidades de la telefonía móvil (una tarjeta SIM) posibilitan la utilización privativa o aprovechamiento especial. Es decir, posibilita el negocio que hace una persona cuando se halla en terrenos de dominio público.

Cuando la persona física, cliente de TME, usa el teléfono móvil y, por tanto, emite o recibe, y mientras tanto se halla en un lugar de dominio público (calle, plaza, parque, etc.) se está realizando una utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local. Se realiza por tanto el hecho imponible. Un uso por el que se obtiene por parte de TME un claro beneficio económico por lo que dándose la circunstancia de lugar y la económica, TME resulta sujeto pasivo de la tasa.

El usuario (cliente) que habla por el teléfono móvil, o recibe un correo electrónico, o hace uso de cualquier aplicación para la cual requiere conectarse a Internet, actúa como vehículo por el cual TME se está beneficiando económicamente. TME está aprovechando el dominio público en beneficio propio.

El teléfono móvil (con SIM incorporada), mientras se halla físicamente en poder de un portador (propietario del aparato), que se encuentra ocupando terrenos de dominio público local (calles, plazas, etc.), está recibiendo y emitiendo de forma continua señales, mediante la antena del móvil, señales que entran o salen físicamente del móvil a través de las cuales se transmiten datos de voz, mensajes, internet, etc..., y que constituyen el negocio de la operadora y son facturados por la misma, porque es la que proporciona la tarjeta " SIM ", que habilita el funcionamiento del terminal al titular de la línea de ese móvil, que es quien paga sólo a su operadora la factura por los servicios a través del móvil, que le ha "proporcionado la operadora".

Luego, es la ubicación del teléfono móvil ( SIM ) la que es determinante para el hecho imponible del artículo 2. b) de la Ordenanza Fiscal porque lo que se grava es, precisamente, la ocupación que la telefonía móvil hace del dominio público local cuando es su usuario el que va usando el teléfono móvil por la calle, el que usa el dominio público local y paga a TME por dicho uso.

La Ordenanza de telefonía móvil sobre la que ahora se discute no grava el teléfono móvil físico que tienen los particulares en su bolsillo.

Lo que sí se pretende, sin embargo, es gravar el aprovechamiento del dominio público local por parte de TME a través del cual obtiene un indiscutido beneficio económico ¿cómo se beneficia TME por el uso del dominio público local?. Se beneficia a través de los usuarios, los cuales ocupan el suelo de dominio público local y ocupan un espacio derivado de la comunicación entre los usuarios mediante el móvil, ocupando la vía pública ( v no lo hacen de forma gratuita ) v pagando a la operadora por estos servicios. la cual a su vez. no

paga ni un euro a los Ayuntamientos.

El teléfono móvil es un medio de comunicación por el cual las personas se comunican entre sí, teniendo (los usuarios) la obligación de pagar a la operadora a la que pertenezcan. EL uso del móvil está pensado precisamente para utilizarlo \donde uno quiera, no así como ocurría con los teléfonos fijos. Es un hecho fundado que la gente está continuamente llamando o utilizando el móvil por las calles, y de ese uso la operadora obtiene un beneficio económico.

La sentencia recurrida ha realizado una interpretación errónea sin tener en cuenta que las operadoras de telefonía móvil y, más en concreto, la operadora Telefónica Móviles, obtienen un beneficio económico cada vez que uno de sus clientes hace uso del teléfono móvil en plena vía pública. Y es por ello por lo que, siguiendo lo establecido en la normativa enunciada, el Ayuntamiento está legitimado para poder exigir la tasa por ocupación del dominio público local.

Por ello en concordancia con el motivo invocado precedentemente, debe casarse y anularse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) declarando conforme a Derecho los artículos 2. b), 4.1. B) y 4.3. B) de la Ordenanza Fiscal número 15 del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro.

2. La Ordenanza emitida por el Ayuntamiento de San Cebrián de Castro pretende gravar la emisión de ondas de radio eléctricas que transitan por el vuelo perteneciente al municipio de San Cebrián. Es decir, pretende gravar la utilización del dominio público local, concretamente el que afecta al vuelo, extendiéndose al espacio o al aire por el que transitan las ondas radicoeléctricas de las empresas explotadoras de telefonía móvil.

Dice la motivación publicada de la Ordenanza que " para los supuestos del art. 2.º núm. 2 de la presente Ordenanza, en el valor de la utilidad, se tendrá en cuenta que el dominio lo constituye, a tenor del artículo 350 del Código Civil común, la franja del suelo, subsuelo y vuelo de los terrenos afectados, en este caso de dominio público local existentes en el municipio que pueden ser utilizados o aprovechados especialmente por cualquier persona por su carácter de dominio público, a los que llega la entrada o salida de las ondas electromagnéticas o las señales de comunicación ". No es esta sin embargo la concepción de la doctrina moderna del derecho de propiedad tal y como resulta del artículo 350 del Código Civil, en cuya virtud " El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía " .

A los efectos de delimitar el concepto de vuelo, se ha de señalar que la Ordenanza impugnada emplea un concepto de "vuelo" que parece, por así decirlo, remontarse sin mayor matización a la época de los juriconsultos romanos, que reconocían al propietario la facultad de utilización indefinida del espacio aéreo que se halla sobre su fundo y del subsuelo bajo él, y de los ulteriores romanistas medievales, que emplearon una fórmula mucho más absoluta: el poder del propietario se extendía usque ad sidera et usque ad inferos; algo así como que la propiedad de la tierra va desde los cielos hasta los infiernos, en palabras de la sentencia recurrida.

La doctrina moderna ha superado la citada fórmula absoluta del derecho de propiedad, y sobre la base de que el artículo 350 del Código Civil reconoce tanto la facultad de edificar como la de realizar plantaciones o siembras, con los límites hoy derivados de las normas urbanísticas que establecen el volumen de edificabilidad y de los reglamentos de policía; lo cierto es que en la actualidad se admite que la facultad del dueño de utilización exclusiva del espacio situado sobre el mismo (vuelo) sólo se extiende hasta donde llega el interés práctico del propietario.

Así pues, el derecho de propiedad de un inmueble por naturaleza no se limita al suelo propiamente dicho, sino que se extiende al vuelo y subsuelo, precisándose en la jurisprudencia estos conceptos, en el sentido de que frente a las facultades casi absolutas que con ello se otorgaban antiguamente al propietario la doctrina moderna configura las facultades que ello otorga al propietario, en función del interés real que pueda tener el propietario del suelo sobre el que se proyecta; la propiedad del espacio aéreo, como incluida en el derecho de propiedad que regula el artículo 350 del C.C., significa que el propietario del suelo tiene derecho a hacer alguna cosa dentro del mismo excluyendo a todos los demás. Se configura, en definitiva, como un tema de límites, de manera que el propietario de una finca puede oponerse a que los otros utilicen el espacio aéreo sobre la misma, en la medida que tenga un interés efectivo que pueda ser dañado o lesionado por esa



utilización realizada por otro; la propiedad sobre el vuelo se extiende, en definitiva, hasta donde llega el interés práctico del propietario de la finca ".

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

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

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

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

En este sentido, la propia sentencia del TJUE de 12 de julio de

2012, en sus considerandos 32 y 33, haciéndose eco de las conclusiones 52 y 54 de la Abogado General, determina que los términos " recursos "e " instalación " remiten respectivamente a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en propiedad pública o privada de que se trata, desprendiéndose de esto que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplados en el art. 13 de la Directiva de autorización el titular de dichos recursos, que asimismo es el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

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

Por eso decía la sentencia recurrida que el aprovechamiento especial del vuelo del dominio público local que contempla el TRLRHL se conecta inexcusablemente a su ocupación física mediante la instalación o colocación material de los elementos descritos u otros análogos, y no desde luego al que resultaría de la

utilización intangible por las ondas de radio del espacio aéreo situado sobre el suelo del dominio público local.

Si a todo ello unimos que la ocupación por los clientes/usuarios del suelo del dominio público municipal mientras transitan o caminan por las calles, plazas o parques -con o sin sus móviles, los utilicen o no- se configura como un supuesto de uso común general de los bienes de dominio público ex artículo 75.1º a) del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, por ser el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente en cuanto que el uso de unos no impide el de los demás, sin concurrencia por otro lado de circunstancias especiales, tratándose pues de un uso que se ejerce libremente ex artículo 76, es claro que no cabe apreciar ninguna suerte de aprovechamiento especial del vuelo por las operadoras de telefonía móvil (sujetos pasivos de la Ordenanza), ni directamente ni a través de sus clientes, en los términos en los que en la actualidad y con arreglo al propio TRLRHL cabe concebir el vuelo sobre el suelo como integrante del dominio público local.

QUINTO.- 1. En el desarrollo del tercer motivo de casación, la parte recurrente pone de relieve que la sentencia recurrida, en sus Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto, relativos al concepto de "vuelo" y "espectro radioeléctrico", establece que

Fundamento Jurídico Cuarto: "No cabe apreciar ninguna suerte de aprovechamiento especial del vuelo por las operadoras de telefonía móvil (sujetos pasivos de la Ordenanza), ni directamente ni a través de sus clientes, en los términos en los que en la actualidad y con arreglo al propio TRLHL cabe concebir el vuelo sobre el suelo como integrante del dominio público local."

Fundamento Jurídico Quinto: "Parece claro que lo que en todo caso aprovechan las operadoras de telefonía móvil no es el vuelo (...) sino el espectro radioeléctrico".

Para la mejor comprensión de este tercer motivo de casación, la parte recurrente lo divide en dos submotivos:

1. No se grava el espectro radioeléctrico.

La Ordenanza no grava el espacio público radioeléctrico: no constituye el hecho imponible de la Ordenanza ni, en consecuencia, trata aquí de gravarse el espectro electromagnético ni las ondas de radio aisladamente consideradas que transitan por ese espectro.

2. No se grava el vuelo intangible transitado por las ondas de telefonía móvil.

La Ordenanza del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro no grava el vuelo intangible por el que transitan las ondas. Únicamente grava el suelo. Sin embargo, así lo ha entendido el Tribunal de instancia.

Cuando la Ordenanza menciona el vocablo "ondas" lo hace en el sentido de evidenciar que un teléfono móvil está en constante funcionamiento (se esté o no usando el mismo). Es decir, la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro no grava el espacio por el que transcurren las ondas. No se refiere al hecho de que un teléfono móvil está en constante funcionamiento y si el usuario está paseando por la calle sin usar el móvil, aun así puede recibir mensajes, llamadas, whatsapp, correos electrónicos, etc.

Se plantea si por el hecho de pagar la operadora una tasa estatal por la ocupación del espacio radioeléctrico ya no puede pagar una tasa local por la ocupación del suelo local propiedad del Ayuntamiento.

Cuando se grava un bien de dominio público estatal, se aplican los tributos y concretamente las tasas que el Estado tiene establecidas o atribuidas.

En tal sentido los hechos imponibles gravados a las operadoras de telefonía móvil en la Ley estatal de Telecomunicaciones son lo que se contienen en el art. 49 de la misma:

- uso de dominio público radioeléctrico
- uso de recursos de numeración y atribución de frecuencias.

La diferencia sustancial entre unas tasas y otras viene dada por el hecho imponible al que somete el Estado en su Ley General de Telecomunicaciones y el hecho imponible al que somete el Ayuntamiento en su Ordenanza conforme al TR Ley de Haciendas Locales.

Pero es que hay más: ese derecho de la legislación local, se reconoce también en la propia Ley 32/2003 de Telecomunicaciones al limitar la potestad normativa estatal y reconocer también que los Ayuntamientos puedan imponer tasas:

Así, en el ámbito estatal, el art. 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, define las tasas como uno de los tres tipos de tributos en el que el hecho imponible consiste " en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público " y en el ámbito local con el art. 20 del TRLHL, "...las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local,..."

El dominio público radioeléctrico está definido en la Ley Sectorial de Telecomunicaciones y más concretamente en el Real Decreto 863/2008 que la desarrolla, cuyo artículo 3 fija claramente que el espectro es dominio público estatal, pero es que se reitera que no es objeto de esta Ordenanza gravar el espectro radioeléctrico, el aire por el que transcurren las ondas de radio de la telefonía móvil.

El hecho imponible no es otro más que el uso u ocupación del suelo o vuelo del dominio público local por clientes receptores de los servicios de las empresas operadoras de las telecomunicaciones.

EL uso que hacen los clientes de las operadoras, en este caso de TME, lo es del suelo del dominio público local mediante sus aparatos móviles, por los que TME, como utilidad económica que desarrolla mediante la cual se posibilitan las conversaciones, emisiones y recepción de las mismas, señales, advertencias, comunicaciones de cualquier clase, cobra a sus clientes.

Por tanto, Telefonía Móviles España (TME ) realiza el hecho imponible del artículo 2 letra b) de la Ordenanza, acorde con el artículo 24.1.a) del TRLHL.

Por todas las razones expuestas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que ahora se recurre debe casarse y anularse, declarando ajustadas a Derecho los artículos 2. b), 4.1 b) y 4.3. B) de la Ordenanza Fiscal num. 15 del Ayuntamiento de San Cebrián de Castro.

2. La titularidad del espectro radioeléctrico está regulada en nuestra legislación sectorial.

El apartado 12 del Anexo II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones -vigente al tiempo de publicación de la Ordenanza impugnada- definía el espectro radioeléctrico como " las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz; las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial ", definición que en lo que aquí nos ocupa no difiere sustancialmente de la contenida en el vigente apartado 16 del Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (" Espectro radioeléctrico: ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 GHz, que se propagan por el espacio sin guía artificial "), y que, a su vez, reproducía la contenida "a efectos de la presente Decisión" en el artículo 2 de la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión espectro radioeléctrico). Así pues, de dicha definición y del informe pericial emitido a instancia de la TME, se puede convenir, de una parte, que, a diferencia de otro tipo de ondas, las electromagnéticas que se generan por el proceso de radiación electromagnética se propagan por el espacio sin necesidad de una guía artificial, como podrían ser cables, hilos, fibra, por lo que pueden propagarse en el vacío o espacio, incluso sin necesidad de aire; y de otra parte, que las ondas circulan siempre por el espectro radioeléctrico y, al pretender gravar el tránsito por el vuelo municipal realizado por las ondas, el Ayuntamiento está haciendo que su capacidad impositiva recaiga sobre el dominio radioeléctrico.

La regulación del hecho imponible que lleva a cabo la Ordenanza Municipal recurrida vulnera frontalmente la Ley General de Telecomunicaciones, ya que es cuestión pacífica que el espacio radioeléctrico no es propiedad de las entidades locales sino que es de titularidad estatal, tal y como declara el artículo 43 de la LGTel, cuando establece que:"El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad,

gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado. Dicha gestión se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en este título y en los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea y a las resoluciones y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales".

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la LGTel los operadores de telecomunicaciones tienen el derecho a ocupar en todo el territorio nacional el dominio público y privado radioeléctrico que precise para prestar su servicio de telefonía móvil, si cuentan con los títulos habilitantes necesarios para la prestación de sus servicios, así como con las correspondientes concesiones de dominio público radioeléctrico de titularidad estatal.

Y es que es el dominio público estatal radioeléctrico el que constituye el activo principal de la telefonía móvil y le proporciona el carácter de movilidad que define al servicio.

La imposición de una tasa municipal por el uso del dominio radioeléctrico supone una inaceptable invasión de las competencias estatales y una manifiesta duplicidad impositiva que contraviene el artículo 31 de la Constitución y los principios generales que han de regir la imposición fiscal recogidos en el artículo 3 de la Ley General Tributaria. Es evidente que de imponerse la tasa de telefonía móvil establecida en la Ordenanza se estaría dando carta de naturaleza a dos tributos con idéntico hecho imponible, concurriendo, además, la circunstancia de que la Administración local carece de competencia para gravar el espacio radioeléctrico, por ser éste de titularidad estatal, lo que convierte a la Tasa debatida en este procedimiento en manifiestamente ilegal.

Se produce, adicionalmente, una vulneración del artículo 6 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales que, al regular los principios que han de regir la tributación local, prohíbe que la fiscalidad municipal recaiga sobre bienes, actividades o negocios realizados fuera del territorio de la entidad local (como se encuentra el dominio estatal radioeléctrico) y declara que los tributos municipales no implicarán obstáculo alguno a la libre circulación de servicios.

A mayor abundamiento, el artículo 149.1.21 de la Constitución Española, incluye entre las materias que son competencia exclusiva del Estado, el "*régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación*".

La STC Pleno de 8 mayo 2014 ha declarado que " Sobre el art. 149.1.21 CE (RCL 1978, 2836) hemos dicho, en cambio, que se refiere a la ordenación del dominio público radioeléctrico y, muy particularmente, a los aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas-. Este dominio es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión y, precisamente por eso, incumbe ordenar de manera unitaria al Estado de forma que se cohesionen y hagan posibles todos estos usos (por todas, STC 235/2012, de 13 de diciembre (RTC 2012, 235) ). La competencia exclusiva estatal en esta materia, tiene por objeto, en definitiva, ordenar normativamente y asegurar la efectividad de las comunicaciones ( SSTC 278/1993, de 23 de septiembre (RTC 1993, 278), FJ 2; 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 127) FJ 8, y 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31), FJ 85), razón por la cual "comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas" en la materia ( SSTC 84/1982, de 23 de diciembre (RTC 1982, 84), FJ 4, y 38/1983, de 8 de febrero, FJ 3), pero puede comportar también "la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario" ( STC 195/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996, 195), FJ 6) ".

Así pues, es cuestión pacífica que el espacio radioeléctrico es de titularidad estatal y sólo al Estado corresponde establecer un gravamen que afecte a la circulación o tráfico de las ondas, que constituye por sí mismo el espectro radioeléctrico.

La consecuencia de lo dicho es que la delimitación del hecho imponible de la tasa ahora examinada excluye la ocupación del dominio radioeléctrico que, por ser de titularidad estatal, no podría ser objeto de tributación municipal".

De lo anterior cabe concluir que lo que en todo caso aprovechan las operadoras de telefonía móvil no es el

vuelo como facultad del dominio público local, sino el espectro radioeléctrico calificado legalmente como bien de dominio público de titularidad estatal sobre el que el Ayuntamiento carece de competencia. No es aquí el Ayuntamiento recurrente el que otorga a las operadoras el título habilitante para prestar el servicio de telefonía móvil en todo el territorio nacional, incluido el de su propio término municipal, por lo que no puede considerarse en modo alguno que el tránsito de las ondas hertzianas por el espectro radioeléctrico suponga una utilización o aprovechamiento especial del dominio público local en su vertiente de vuelo.

De todo lo expuesto se deduce que de mantenerse la Ordenanza impugnada se produciría un supuesto de doble imposición proscrito por los artículos 31 CE y 3 de la LGT toda vez que las operadoras de telefonía móvil satisfacen al Estado la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico prevista en el apartado 3. del Anexo I de la Ley General de Telecomunicaciones, conforme al que " 1. La reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas o entidades se gravará con una tasa anual, en los términos que se establecen en este apartado.

Como indica la sentencia recurrida es precisamente la reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico lo que configura el hecho imponible de la tasa estatal, la cual, a su vez, se identifica cabalmente con el aprovechamiento por las operadoras de telefonía móvil del espacio radioeléctrico -impropiamente denominado por la Ordenanza como vuelo del dominio público local- que el Ayuntamiento demandado pretende gravar, y ello hasta el punto de que la tasa estatal expresivamente incluye como uno de los parámetros para su cuantificación " e) El valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado", -que no es otro que el dominio público radioeléctrico de titularidad estatal, en función, además, de los kilómetros cuadrados del territorio nacional a los que se extiende la reserva, con lo que sin duda se produciría una doble tributación del mismo hecho imponible consideraciones que nos llevan a la desestimación del recurso interpuesto y a la íntegra confirmación de la sentencia dictada, obviando el enjuiciamiento del cálculo de la base imponible por estimarse ya de todo punto innecesario.

QUINTO.- Al no acogerse ninguno de los dos motivos alegados, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN CEBRIÁN DE CASTRO y por la FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES Y MUNICIPIOS CON CENTRALES HIDROELÉCTRICAS Y EMBALSES y ello debe hacerse con imposición de las costas a la recurrente ( art. 139.2 LJCA ) al haberse desestimado totalmente el recurso, si bien el alcance cuantitativo de la condena en costas no podrá exceder, por todos los conceptos, de la cifra máxima de 8.000 euros atendida la facultad de moderación que el artículo 139.3 de la LJCA concede a este Tribunal fundada en la apreciación de las circunstancias concurrentes que justifiquen su imposición.

## **F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE SAN CEBRIÁN DE CASTRO y la FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES Y MUNICIPIOS CON CENTRALES HIDROELÉCTRICAS Y EMBALSES por contra la sentencia dictada, con fecha 12 de enero de 2015, en el recurso contencioso-administrativo núm. 84/2014, por la Sección Tercera de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, con la consecuente imposición de las costas causadas en este recurso a la parte recurrente con el límite señalado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Vicente Garzón Herrero Emilio Frías Ponce

Joaquín Huelin Martínez de Velasco José Antonio Montero Fernández

Manuel Martín Timón Juan Gonzalo Martínez Micó

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Juan Gonzalo Martínez Micó, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo

que, como Secretario, certifico.