

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo

Sección: SEGUNDA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 15/10/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 861/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 10/10/2012

Procedencia: T.S.J.NAVARRA SALA CON/AD

Ponente: Excmo. Sr. D. Óscar González González

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Escrito por: Jas

Nota:

Ordenanza Fiscal de tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Término municipal de Tudela (Navarra). Recurrente: VODAFONE ESPAÑA, S.A.

RECURSO CASACION Num.: 861/2009

Votación: 10/10/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Óscar González González

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEGUNDA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. José Antonio Montero Fernández

D. Óscar González González

D. Manuel Martín Timón

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil doce.

En el recurso de casación nº 861/2009, interpuesto por la Entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., (antes Airtel Móvil, S.A.), representada por el Procurador Don David Martín Ibeas, y asistida de letrado, contra la sentencia nº 728/2008 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 30 de diciembre de 2008, recaída en el recurso nº 108/2008, sobre Tasas Fiscales servicios telefonía móvil; habiendo comparecido como parte recurrida el

AYUNTAMIENTO DE TUDELA (Navarra), representada por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, y asistido de letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sección Segunda) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., contra la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil en el término municipal de Tudela, publicada en el BON nº 158, de fecha 21 de diciembre.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 3 de febrero de 2009, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (VODAFONE ESPAÑA, S.A.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 23 de marzo de 2009, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del art. 13 y concordantes de la Directiva 2002/20/CE y conexos de las Directivas 2002/19/CE y 2002/21/CE, que componen el cuerpo jurídico comunitario de las Telecomunicaciones.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de preceptos de derecho estatal (arts. 29 y conexos, 31 y 49, apartados 3 y 4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, art. 7 del Convenio Económico con Navarra, arts. 3, 14, 53 y 105 de la Ley 58/2003, General Tributaria, arts. 9.3; 14, 24, 31.1, 103 y 133 de la Constitución Española, art. 1214 del CC y arts. 5 y 6 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local), que resultan relevantes y determinantes para la resolución del presente litigio, que han sido invocados por la recurrente en el proceso al formular su escrito de demanda o han sido considerados por la Sala en su sentencia para desestimar el recurso.

3) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, causando indefensión a la parte, al haberse denegado en el curso del procedimiento de instancia la práctica de las pruebas propuestas, con infracción del art. 24 de la CE, en relación con lo dispuesto en los arts. 281 y 283 de la LEC.

Terminando por suplicar se admita el recurso y, previos los trámites preceptivos, incluido el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dicte Sentencia por la que, estimando los motivos de casación expuestos, case y anule la sentencia recurrida dictando otra más ajustada a Derecho.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 9 de octubre de 2009, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 2 de noviembre de 2009, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (AYUNTAMIENTO DE TUDELA), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo, lo que hizo mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2009, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 2 de marzo de 2010, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 7 de abril siguiente, dictándose otra en la referida fecha, en la que se acordó dar traslado a las partes sobre el posible planteamiento de cuestión prejudicial, siendo evacuado el trámite conferido mediante los correspondientes escritos, en los que manifestaron lo que a su derecho convino.

Por Auto de la Sala, de fecha 29 de octubre de 2010, aclarado por otro de fecha 10 de diciembre de 2010, se acordó plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y suspender el procedimiento hasta la resolución del mismo.

El TJUE dictó sentencia en la cuestión prejudicial planteada en fecha 12 de julio de 2012, dándose traslado a las partes para que manifiesten lo que a su derecho conviene, siendo evacuado el trámite conferido por las partes mediante escritos de fecha 31 de julio y 3 de septiembre de 2012, en los que manifestaron lo que a su derecho convino.

Por providencia de fecha 28 de septiembre de 2012, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 10 de octubre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ,
Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A. contra la aprobación por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Tudela de la Ordenanza Fiscal reguladora de las Tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes y que pueden resumirse así:

MOTIVO PRIMERO.- Considera vulnerada 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 comunicación electrónica en su relación con la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión y con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Conforme a estas Directivas se sostiene que la normativa comunitaria se opone a la tributación de un operador por la utilización de recursos instalados por otros operadores de telecomunicaciones a los que meramente se interconecta. Entiende que los artículos 12 y 13 de la Directiva 20/2002 contienen la determinación del régimen máximo de tributación de los operadores de telecomunicaciones tanto en el ámbito de la tasa por la autorización (art. 12) como en relación con la utilización de recursos escasos (art. 13). Este último, únicamente permite el establecimiento de una tasa por derechos de uso de radiofrecuencia (dominio público estatal ya gravado en la Ley 32/2003, punto 3 del Anexo I), por derechos de uso de numeración (dominio público estatal ya gravado por la tasa del punto 2 del Anexo I de LGT), derecho de instalación en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma. Este último tributo, que es al que se acogería la Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela, no puede extenderse a supuestos distintos de la instalación de tales recursos, y, por tanto, no puede

gravar la utilización de redes ajenas mediante la interconexión con redes propias, y por esta razón son nulos los artículos 2, 3 y 5 de la Ordenanza, que respectivamente, definen el hecho imponible, el sujeto pasivo y la cuantificación del tributo, sobre la base de extenderlo no solo a la utilización por los titulares de redes propias, sino a los de las ajenas, supuesto este último que va más allá de lo permitido por la Directiva. Señala también la infracción de la segunda parte del artículo 13 de la Directiva 20/2002, que indica que la imposición de cánones de garantizar el uso óptimo de los recursos escasos, y deben resultar no discriminatorios, transparentes, objetivos y proporcionales al fin previsto, indicando que la tasa impuesta es discriminatoria y desproporcionada al tratar de forma más gravosa a los operadores de telefonía móvil que a los de telefonía fija, cuando la utilización por aquéllos del dominio público local es puntual y residual, al tener su base en la comunicación inalámbrica, mientras que en los operadores de telefonía fija esa utilización es inherente a su propio funcionamiento, y pese a ello la tributación de ambos es del 1,5% de los ingresos brutos, minorándose a los fijos en los gastos de interconexión, lo que no se realiza a los móviles (según el informe que acompaña a la Ordenanza los ingresos por fija serán de 102.685 €, y por móvil 127.070 €).

MOTIVO SEGUNDO.- Contiene los siguientes apartados:

A) Infracción del artículo 49 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto que la Ordenanza: a) no garantiza el uso óptimo de los recursos dada su finalidad recaudatoria, b) es discriminatoria a favor de los operadores de telefonía fija quienes por necesidad tienen que utilizar siempre y en todo caso el dominio público local, c) no resulta objetiva, transparente ni proporcionada al prescindir por completo de la efectiva utilización de los recursos instalados en dominio público local, y gravar la totalidad de los ingresos por operaciones obtenidos por un operador de telefonía móvil, incluso cuando no resulta necesario el concurso del dominio público local para la generación de tales ingresos, y d) no se minimizan los costes de ellas derivados.

B) Infracción del artículo 29.2.a) y 31 de la Ley General de Telecomunicaciones al no haberse comunicado a la CMT ni ésta ha publicado la Ordenanza, artículos que son trasunto del art. 15 y que se recoge en el considerando 34 de la Directiva 20/2002.

C) Infracción del art. 14 LGT que prohíbe la analogía. No resulta ajustado a Derecho que el hecho imponible de la tasa para empresas de telefonía móvil alcance la utilización de redes ajenas, al ser los términos de la Exposición de Motivos de la Ley 51/2002 (TRLHL) meridianos en el sentido de ampliar sólo el ámbito de la regla especial y en ningún caso el de regla general que es la aplicable a los operadores de telefonía móvil -EM: "Se extiende la actual tasa del 1,5% (de los ingresos brutos de facturación) a las entidades que emplean redes ajenas para efectuar sus suministros aclarando, expresamente, que no se incluyen en este régimen los servicios de telefonía

móvil". De esta forma, lo único que con arreglo al art. 100 LF 2/95 puede gravarse es la utilización privativa o el aprovechamiento especial de dominio público local realizadas con redes o infraestructuras propias, pues no debe olvidarse que el art. 7, apartado 1 del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral Navarra establece que ésta en la elaboración de la normativa tributaria "se adecuará a la LGT en cuanto a terminología y conceptos", entre los que se encuentra la prohibición de la analogía. No son extrapolables al campo de las telecomunicaciones las STS invocadas en la sentencia recurrida y en el informe que acompaña a la Ordenanza, pues se refieren a un campo distinto como es el de la electricidad. No debe confundirse la utilización del dominio público local con la utilización de las redes instaladas por terceros, pues ambos conceptos están perfectamente diferenciados en Ley General Tributaria (art. 11.2 -interconexión- y art 26.1 -ocupación) y el operador que utiliza las redes de otro que tiene instalaciones en dominio público local, no precisa de autorización ni concesión del Ayuntamiento para ese uso.

D) Infracción del art. 24 CE, al declarar la Sala sentenciadora en la pág. 11 que la parte recurrente no ha presentado los datos que permitan estimar la facturación correspondiente al servicio de telefonía móvil prestado con soporte en el dominio público local de Tudela no obstante el requerimiento efectuado, lo que realmente efectuó la parte con fecha 25 septiembre de 2008.

E) Infracción del art. 24.1.a) TRLHL y 105.1 primer párrafo de la LF que disponen que el importe de la tasa se hará con referencia al valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fueran de dominio público (cita SSTS de 30 mayo 2007 y 30 junio 2001). En la previsión del Informe que acompaña a la Ordenanza se prevé para operaciones de telefonía móvil (móvil/fijo, móvil/móvil) 8.471.320 €, lo que referido a la cuota de mercado de Vodafone a nivel nacional de 32,54% se le están imputando unos ingresos de 2.756.567 €, lo que no es cierto en relación con 2007 que fue de 1.898.913€, es decir unos ingresos superiores en 145% más del real. No resulta real el método de cuantificación con base en facturas remitidas a clientes domiciliados en Tudela dada la movilidad de los usuarios a otros lugares fuera del municipio. Por otra parte, se está duplicando los ingresos realmente obtenidos, con lo que el importe de la tasa superaría el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización del dominio público local de Tudela.

F) Infracción por la sentencia del art. 105 LGT y 1214 CC que regulan la carga de la prueba, 1) al atribuir a la entidad recurrente la falta de probanza sobre la no ocupación por Vodafone del dominio público local (cuando realmente presentó Informe con el escrito de conclusiones demostrativo que en mm/mm no se utiliza dominio público local, y en las mm/mf hay tramos que no lo utilizan), y 2) al considerar que no se acreditó en cuanto a la cuantificación de la tasa su falta de adecuación al valor de mercado de la utilidad derivada de la ocupación, cuando el Informe Técnico-Económico que figura en el expediente no justifica dicha adecuación. Máxime cuando la parte aportó informe con el escrito de conclusiones y pidió se oficiara a CMT al objeto de determinar los distintos conceptos a partir de los cuales se obtiene la

cifra de ingresos del art. 4 de la Ordenanza. Cita en su favor STS de 12/3/1997, 25/3/1999, 15/4/2000, 14/4/2001 y 28/4/2001 que exigen al Ayuntamiento Memoria Económica Financiera y que esta tenga suficiente justificación, las de 5/1/1995 y 1/10/1997 que exigen a la Administración la prueba del hecho imponible, y los art. 105 LF 2/95 y 19 y 20 LTPP en las que se exige la necesidad de informe técnico en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la utilidad derivada de la utilización, lo que no se hace en el Informe Técnico Económico que se acompaña a la tasa.

G) Infracción del principio de capacidad económica por: 1) doble imposición al ser gravados los ingresos brutos de explotación por la tasa del punto 1 del Anexo I de LGT, 2) imposición sobre la totalidad de ingresos brutos obtenidos en Tudela cuando parte considerable de los mismos se generan sin utilización del dominio público local -sólo el estatal- ya gravado con la tasa del apartado 3 del Anexo I LGT, y la tasa de la Ley de Carreteras art. 21.4 , y 3) tributación menor por la tasa de los operadores de telefonía fija pese a que éstos ocupan más intensamente el dominio público local, y sin embargo se les favorece con la deducción de interconexión, que no se hace a los de telefonía móvil.

H) Infracción del art. 105.1 LF 2/95 y art. 24.1.a) TRLHL que establecen que la base de la tasa se determinará por estimación directa, y no en forma indirecta como se hace en la Ordenanza recurrida.

MOTIVO TERCERO. Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al haberse denegado la prueba solicitada que se describe en la pág. 100 y 101 del escrito de interposición, y que se consideran relevantes para la resolución del litigio.

SEGUNDO.- La Disposición Adicional Primera de la Constitución atribuye a Navarra habilitación competencial para la materia relativa a las Haciendas Locales. En ejercicio de dicha habilitación la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en su art. 46.1, confiere a Navarra las facultades y competencia que actualmente ostenta, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, en el Real Decreto Paccionado de 4 de noviembre de 1925, y disposiciones complementarias y, además, las que siendo compatibles con las anteriores puedan corresponder a las Comunidades Autónomas o a las Provincias, conforme a la legislación básica del Estado. Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Bases del Régimen Local restringe su aplicación a Navarra sólo en lo que no se oponga al régimen que para su Administración establece el artículo 46 de la citada Ley de Reintegración y Amejoramiento; y con referencia a las Haciendas Locales, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, respeta en su artículo 1.2, el régimen financiero foral de Navarra.

Desde esta consideración del régimen Navarro como régimen autónomo del general del Estado en esta materia, el examen de la legalidad de la Ordenanza impugnada debe hacerse pura y exclusivamente por su relación con las Leyes Forales de su Parlamento, que, en el caso concreto aquí examinado, es la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo (en su redacción dada por la Ley Foral 2/1999, de 2 de marzo), reguladora de sus Haciendas Locales, que en la Sección 7ª, Capítulo IV, del Título I, regula las Tasas que las entidades locales pueden establecer por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local y por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades de su competencia. Quedan, por tanto, al margen del debate las cuestiones planteadas en el escrito de interposición respecto de la ilegalidad de la Ordenanza impugnada en relación con preceptos estatales que regulan la tasa para el resto del territorio nacional.

La cuestión relativa a la determinación de su legalidad con respecto a la Ley Foral queda fuera de la casación al corresponder su decisión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por disponer así el artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional. Lo propio cabe decir respecto de los principios generales en materia tributaria que la parte recurrente considera infringidos, pues la invocación de los mismos no puede abrir la vía casacional al ser principios que imperan en cualquier ordenamiento y constituyen la base del mismo, y como tales deben, a efectos procesales, seguir el régimen que es propio del sistema al que sirven de soporte, conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de mayo de 2004, 1 de marzo de 2005 y 14 de noviembre de 2007, entre otras).

Cosa distinta es el examen de los preceptos que se consideran infringidos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, pues esta materia es competencia exclusiva del Estado, según dispone el artículo 149.1.21ª de la Constitución, lo que permite que sus hipotéticas infracciones puedan ser examinadas en casación en virtud de lo establecido en el artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional, y ello aunque incida transversalmente sobre la materia de la Hacienda Local Navarra, que en este sector debe acomodar su régimen a las particularidades propias de aquella Ley, en los puntos en que ambos ordenamientos converjan.

En este ámbito, la parte recurrente entiende, en primer lugar, que se ha infringido el artículo 49 de la Ley General de Telecomunicaciones, en cuanto que la Ordenanza: a) no garantiza el uso óptimo de los recursos dada su finalidad recaudatoria, b) es discriminatoria a favor de los operadores de telefonía fija quienes por necesidad tienen que utilizar siempre y en todo caso el dominio público local, c) no resulta objetiva, transparente, ni proporcionada al prescindir por completo de la efectiva utilización de los recursos instalados en dominio público local, y gravar la totalidad de los ingresos por operaciones obtenidos por un operador de telefonía móvil, incluso cuando no resulta necesario el concurso del dominio público local para la generación de tales ingresos, y d) no se minimizan los costes de ellas derivados. Se trata de cuestiones que reproducen sus alegaciones en relación con la normativa comunitaria -Directiva 20/2000-, de la que la Ley 32/2003 es transposición al derecho interno español, por lo que hay que remitirse a lo que más adelante se

expondrá en relación con el Derecho Europeo, cuyo examen si que corresponde ser estudiado en casación, en virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 86.4ª de la Ley Jurisdiccional.

En segundo lugar, en cuanto a la Infracción del artículo 29.2.a) de la Ley General de Telecomunicaciones al no haberse comunicado a la CMT la aprobación de la Ordenanza, debe señalarse que dicho precepto sujeta esa comunicación al modelo que establezca el Ministerio competente. No habiéndose publicado ese modelo en el momento de la aprobación, no puede achacarse el incumplimiento al Ayuntamiento de Tudela, que más tarde, una vez se publicó ese modelo, remitió la Ordenanza a la CMT, que a su vez lo publicó en internet, conforme exige el art. 31 de la Ley 32/2003, como así consta en el documento que se presentó junto al escrito de oposición al recurso de casación.

TERCERO.- En su último motivo de casación la parte recurrente considera que se han quebrantado las formas esenciales del juicio al haberse denegado la prueba que se había solicitado y que era de trascendencia para la resolución del litigio. En particular se refiere, en primer lugar, al Oficio que debía dirigirse al Ayuntamiento de Tudela para que certificara sobre: a) si alguna de las antenas instaladas por la recurrente se encontraban en el dominio público local de Tudela, b) si se habían cumplido los requisitos de elaboración, publicación y publicidad de la Ordenanza, c) se presentaran los informes de catedráticos a que se refiere el informe técnico que acompaña la Ordenanza, y d) si se había enviado a la CMT la documentación a que se refiere el art. 29 LGTel. En segundo término se refiere al Oficio a la CMT relativo: a) desglose de los distintos conceptos a partir de los cuales se obtiene la cifra de ingresos medios por operaciones del art. 4 de la Ordenanza, y b) recepción de la documentación a que se refiere el mencionado art. 29 LGTel.

La Sala de instancia en su auto de 10 de septiembre de 2008 expresó las razones, que ésta Sala comparte, por las que denegaba las pruebas propuestas:

"- La DOCUMENTAL 1.b) no, porque se refiere a actuaciones propias del expediente administrativo que debieron aportarse, en su caso a solicitud de la parte, en trámite anterior al de prueba (artículos 48, 55 y concordantes de la LJCA).

- La DOCUMENTAL 1.c) no, porque la ampliación del expediente administrativo debe acomodarse a lo dispuesto por el artículo 55 LJCA.

- La DOCUMENTAL 2, no, porque tiene el carácter de informe y no de prueba documental, debiendo acomodarse su práctica a lo dispuesto por los artículos 265-4º, 336 y concordante de la LEC).

- La DOCUMENTAL 3.b) no, porque la práctica de la anterior la hace innecesaria o redundante."

Por otra parte, algunas de las certificaciones solicitadas al Ayuntamiento por la actora fueron cumplimentadas como se comprueba, respecto de los apartados a) y b), por la mera consulta de los folios 189 y 190 de los autos, y se expresó (folio 191) la causa de no haberse cumplimentado el envío a la CMT para su publicación por Internet, que como se ha dicho anteriormente se ha enviado posteriormente. En cuanto al informe de los Catedráticos relativas a la imposibilidad de prestar el servicio de telefonía móvil sin la utilización o aprovechamiento del dominio público, es obvio que era intrascendente para la Sala de instancia que en su sentencia parte del razonamiento (fundamento 2º) de que "tanto el operador dueño de la red como cualquier operador de telefonía que se sirva de ella en virtud de derecho de acceso o interconexión está sujeto a la tasa", por lo que resultaban irrelevantes dichos informes, ya que, aunque se hubiesen desvirtuado por la recurrente, la conclusión de la Sala hubiera sido la misma.

En relación con la certificación a la CMT, ya se ha expresado que lo que se pretendía acreditar por la proponente de la prueba, que era la no remisión a dicho organismo de la documentación del art. 29 LGTel, se han justificado las circunstancias de la omisión, que posteriormente se han cumplido. Respecto del resto de la certificación que debía remitir CMT, era más bien un informe que tendría que solicitarse por el cauce del art. 265.4º y 336 LEC, por lo que al no hacerse la petición en la debida forma su rechazo por la Sala de instancia ha sido correcto.

Por todas estas razones debe desestimarse este motivo de casación.

CUARTO.- Se ha dejado para su examen en último lugar el motivo en que se aduce infracción de la Directiva 20/2002, de 7 de marzo, del Parlamento y del Consejo, pues en ella se plantea el núcleo de la cuestión, que además, por mor del artículo 86 de la ley Jurisdiccional, tiene acceso al recurso de casación.

Dos son las infracciones que en este ámbito considera cometidas la recurrente: a) infracción del primer inciso del artículo 13, que no permite, a su juicio, que la imposición de cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o debajo de la misma, pueda extenderse a sujetos distintos de los propietarios de la red, gravando a los que se limitan a su utilización mediante la interconexión a redes ajenas, y b) infracción del segundo inciso de dicho artículo al considerar que la tasa impuesta es discriminatoria y desproporcionada al tratar de forma más gravosa a los operadores de telefonía móvil que a los telefonía fija, cuando la utilización por aquéllos del dominio público local es puntual y residual, al tener su base en la comunicación inalámbrica, mientras que en los operadores de telefonía fija esa utilización es inherente a su propio funcionamiento, y pese a ello la

tributación de ambos es del 1,5% de los ingresos brutos, minorándose a los fijos en los gastos de interconexión, lo que no se realiza a los móviles (según el informe que acompaña a la Ordenanza los ingresos por fija serán de 102.685 €, y por móvil 127.070 €).

Esta Sala, con arreglo al art. 267 TFUE, formuló al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por medio de Auto de fecha 29 de octubre de 2010, aclarado por otro de 10 de diciembre de 2010, las siguientes cuestiones:

<<"1ª) ¿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 una normativa nacional que permite 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 usan para prestar servicios de telefonía móvil?>>

2ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado, artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3ª) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?">>

Con fecha 12 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia dictó sentencia en la que razonó lo siguiente:

<<"26 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27 En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al

operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

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, *Nuova società di telecomunicazioni*, C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011, *Telefónica Móviles España*, C-85/10, Rec. p. I-0000, apartado 21).

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 radiofrecuencias 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 radiofrecuencias 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.

35 Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión 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.

Cuestiones segunda y tercera

36 En vista de la respuesta dada a la primera cuestión, procede responder únicamente a la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, en la que éste pregunta fundamentalmente si el artículo 13 de la Directiva autorización tiene efecto directo, de suerte que, en circunstancias como las de los procedimientos principales, un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

37 A este respecto procede recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 103; de 17 de julio de 2008, Arcor y

otros, C-152/07 a C-154/07, Rec. p. I-5959, apartado 40, y de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, Rec. p. I-0000, apartado 33).

38 En el caso de autos, como señaló la Abogado General en los puntos 48, 97 y 98 de sus conclusiones, el artículo 13 de la Directiva autorización se ajusta a estos criterios. En efecto, dicha disposición establece, en términos incondicionales y precisos, que los Estados miembros pueden imponer un canon en tres supuestos específicos, a saber, por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

39 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la tercera cuestión que el artículo 13 de la Directiva autorización tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo".>>

En virtud de lo expuesto el TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala declaró que:

<<"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 invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo".>>

En consecuencia, procede estimar este motivo de casación, y estimar el recurso, anulando los artículos 2 y 3 de la Ordenanza impugnada, en la parte que expresan la frase "con independencia de quien sea el titular de aquéllas".

Queda por resolver la cuestión relativa a si la tasa es discriminatoria y desproporcionada para los operadores de telefonía móvil. Esta Sala formuló la

cuestión al Tribunal de Justicia, aunque de forma subsidiaria para el caso de que se estimara conforme a la Directiva que era susceptible de la tasa la utilización de redes ajenas. Como dicho Tribunal consideró que dicho establecimiento de la tasa no era conforme al Derecho europeo, no estimó necesario resolver la segunda cuestión. Sin embargo, esta Sala en su sentencia de esta misma fecha relativa a la misma Ordenanza resolvió en sentido anulatorio del art. 4, con base en los siguientes fundamentos:

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

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

Por último, no procede declarar la nulidad del art. 5 de la Ordenanza, pues aunque el mismo se refiere al ingreso cuatrimestral de la cuota anual resultante de aplicar lo establecido en el art. 4, y este precepto es anulado por la Sala, nada impide, que en la nueva fórmula de determinación de la base que haya de sustituir a la anulada, el pago de la tasa se realice en forma cuatrimestral.

QUINTO.- La aplicación de la doctrina expuesta comporta la estimación del Recurso de Casación que decidimos, y la estimación parcial del recurso contencioso administrativo nº 108/2008, debiendo declararse la nulidad de los artículos 2 y 3 de la Ordenanza fiscal reguladora de las Tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil en el término municipal de Tudela, en la frase "con independencia de quién sea el titular de aquéllas", así como el artículo 4; sin expresa imposición de costas al recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 861/2009, interpuesto por la Entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., contra la sentencia nº 728/2008 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 30 de diciembre de 2008, y debemos ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo nº 108/2008, declarando la nulidad por su disconformidad a Derecho de los artículos 2 y 3 de la Ordenanza recurrida en la parte que expresan la frase "con independencia de quien sea el titular de aquéllas", así como el art. 4 de la misma; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Rafael Fernández Montalvo

Joaquín Huelín Martínez de Velasco

José Antonio Montero Fernández

Óscar González González

Manuel Martín Timón

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.