

SENTENCIA Nº 22/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO Nº 120/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D^a. CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

En la Ciudad de Málaga, a diecisiete de enero de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el Recurso Contencioso-Administrativo número 120/17, interpuesto por ORANGE ESPAGNE, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL representada por el Procurador de los Tribunales D^a. Elena Auriolés Rodríguez, frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 2 de diciembre de 2016 por la que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal Nº 41 relativa a las tasas por la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público, en el que figura como parte demandada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representado por el Procurador de los Tribunales D^a. Aurelia Berbel Cascales, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D^a. Elena Auriolés Rodríguez, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL se interpuso con fecha 20 de febrero de 2017 Recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 2 de diciembre de 2016 por la que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal Nº 41 relativa a las tasas por la utilización privativa o los aprovechamientos especiales





constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por medio de decreto de fecha 24 de febrero de 2017 se le concedió el trámite del procedimiento ordinario y se reclamó el expediente administrativo, ordenando la notificación a todos los interesados en el mismo.

Recibido el expediente se confirió traslado a la parte recurrente para que formalizara demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 7 de abril de 2017, en el que se interesaba en síntesis, se estimara la demanda y se anulara la ordenanza fiscal impugnada por considerarla no ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por el término legal a las partes demandadas.

Por medio de escrito de fecha 16 de mayo de 2017 el Procurador de los Tribunales D^a. Aurelia Berbel Cascales, en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA compareció y contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso concluyó suplicando la admisión del escrito presentado y de la documental acompañada y que previos los tramites legales se dictase sentencia por la que se desestimase la pretensión de la actora.

TERCERO.- Mediante decreto de 8 de marzo de 2018 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada. A solicitud de la parte actora y demandada, se admitió y practicó prueba, con el resultado que obra en autos.

Por medio de diligencia de ordenación de fecha de 14 de mayo de 2018 se tuvo por finalizada la fase probatoria y se acordó dar traslado a la parte actora y a la demandada para que formularan sus conclusiones, trámite que evacuaron oportunamente ratificándose en sus respectivas pretensiones, señalándose seguidamente día para votación y fallo por medio de providencia de fecha 9 de enero de 2019.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales de general y pertinente aplicación.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la litis.

El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la impugnación de la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 2 de diciembre de 2016 por la que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal Nº 41 relativa a las tasas por la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público, en el particular relativo a la Tarifa 2ª sobre la utilización y/o aprovechamiento del subsuelo, suelo o vuelo efectuado por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, regulada en el art. 5.2 de la citada ordenanza.

Entiende la entidad recurrente que la debe ser anulada al entrar en conflicto con los principios establecidos en la directiva autorización para la creación de este tipo de cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos de telefonía. En particular considera que:

1) El factor €/m² básico del método de cálculo aprobado contraviene los principios de justificación objetiva transparencia y proporcionalidad en la medida que sobredimensiona el valor de los terrenos por los que transcurren las infraestructuras que por ser viales y zonas libres carecen de aprovechamiento lucrativo, sin embargo se le aplica un valor medio de los inmuebles de uso comercial del municipio, operación en la que se incluye indebidamente el valor de construcción de este tipo de inmuebles.

2) En la determinación del coeficiente CPM se utiliza una fórmula proporcional por contraste de la líneas móviles con las fijas, que ignora la mayor intensidad del uso de las líneas fijas, que supone un método proporcional que grava con menor intensidad a las operadoras que mayor número de líneas fijas tienen mostrándose de este modo la desvinculación del método seleccionado con el valor de la utilidad, además de servirse de una técnica proscrita por la jurisprudencia de extrapolación de los datos nacionales al municipio mediante remisión al volumen de líneas disponibles a nivel nacional desagregadas al municipio por referencia al porcentaje de población que éste representa a nivel nacional.

3) El factor SUP se ha calculado de manera genérica, poco motivada, utilizando valores medios que no se corresponden con la realidad de la ocupación efectiva de este tipo de infraestructuras, dando lugar a un coeficiente sobredimensionado.

4) Se considera infringido el principio de transparencia en relación con el principio de proporcionalidad al haberse omitido el preceptivo trámite de publicación del coste de los servicios tal y como exigen los arts. 6, 11 y 12 de la directiva autorización.





5) Se postula el planteamiento de una cuestión prejudicial europea de manera que se solicite del TJUE un pronunciamiento interpretativo acerca de la compatibilidad con este método de fijación de la tasa con los principios consagrados en el art. 13 de la Directiva autorización.

El Ayuntamiento de Málaga en su contestación a la demanda se opone al recurso planteado y solicita su desestimación, en base a los pronunciamientos precedentes del Tribunal Supremo para supuestos análogos en sentencias como la de 20 de mayo de 2016, y la de 8 de junio de 2016, conforme a las cuales el carácter no lucrativo del suelo no impide la determinación del valor de mercado del mismo de forma aproximativa para no dar lugar a la gratuidad de la utilidad contraria al principio de no discriminación. El CPM es conforme al principio de proporcionalidad al contribuir a discernir la utilidad que reporta la ocupación al servicio de líneas fijas y móviles. El factor SUP se ha obtenido a partir de estudios de la Gerencia Municipal de Urbanismo, responde a unos criterios estandarizados fijados en la normativa técnica de común aplicación de los que se extraen los valores superiores utilizados por la ordenanza análoga de Madrid que ha sido ratificada por el TS. Rechaza la utilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial europea en atención a los pronunciamientos antecedentes del TS y del propio TJUE de los que resultan pautas interpretativas suficientes.

SEGUNDO.- Sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial europea.

Por razones de buen orden procesal, se aborda ahora el estudio de esta pretensión de la actora, en el entendido de que el reenvío prejudicial que se interesa es necesariamente previo a la resolución del fondo del proceso principal.

Debemos resolver anticipadamente si contamos con elementos jurídicos suficientes para el estudio del fondo del asunto, o si por el contrario aparecen dudas en la interpretación del derecho de la Unión aplicable al caso, que conviertan en necesario el previo pronunciamiento prejudicial por parte del alto Tribunal europeo.

El recurrente considera necesario un pronunciamiento interpretativo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la adecuación del método de cálculo de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido sobre o bajo el terreno de uso público, en concreto el efectuado por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, establecido en la ordenanza nº 41 del Ayuntamiento de Málaga, en particular en el art. 5.2 en el que se regula la tarifa 2ª relativa a la utilización privativa del espacio público por conducciones destinadas a infraestructuras de telefonía móvil.

Las dudas que inquietan a la recurrente apuntan a una posible incompatibilidad de este método de cálculo de la tasa con los principios consagrados en el art. 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), en concreto con los principios en ella proclamados de no discriminación, transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad.





Algunas precisiones en orden a descartar la concurrencia en nuestro caso de un deber jurídico de planteamiento de la cuestión prejudicial europea, cuya infracción se imputa a la STS de 20 de mayo de 2016.

Como es sabido el deber de planteamiento de una cuestión prejudicial europea de carácter interpretativo se predica de aquellos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros contra cuyas resoluciones no cabe recurso alguno. En este supuesto, y en el caso de la concurrencia de una duda prejudicial de validez de un acto jurídico de la propia Unión, el planteamiento de una cuestión prejudicial es forzado caso de revelarse una duda interpretativa, así se desprende de la dicción del art. 267 de TFUE y de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto Frost (C-314/85, EU:C:1987:452).

Por contra cuando lo que se propone es el planteamiento de una cuestión prejudicial de naturaleza estrictamente interpretativa, el órgano jurisdiccional nacional no está afectado por este deber jurídico cuando sus resoluciones admiten recurso, como es nuestro caso, vista la reforma operada en el modelo de recurso de casación por la LO 7/2015, de 21 de julio, en el que son potencialmente susceptibles de casación todas las sentencias de esta Sala, siempre que se aprecie a criterio del Tribunal Supremo la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que nos ubica en el ámbito de aplicación de la doctrina sentada por el TJUE en el asunto Lyckeskog (Sentencia de 4 de junio de 2002 (C-99/00, EU:C:2002:329)), de modo que en aquellos sistemas judiciales en los que la jurisdicción suprema está habilitada para apreciar discrecionalmente la pertinencia de un recurso por razones relacionadas con la existencia de un interés general en la emisión de un pronunciamiento con valor nomofiláctico y uniformador de criterios, al modo del "*Certiorari Act*" norteamericano, se entiende que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales inferiores en grado son siempre susceptibles de recursos a efectos de lo previsto en el art. 267 de TFUE.

El deber jurídico de planteamiento de una cuestión prejudicial cuya omisión da lugar a la transgresión del derecho a la tutela judicial efectiva en doctrina del TC sentada en sentencias como la 58/2004, posteriormente matizada por sentencias como la 78/2010, 27/2013, 212/2014 y 232/15, se elude mediante una explicación razonada de la inexistencia de dudas interpretativas que justifiquen el reenvío prejudicial, de modo que solo la preterición absoluta de una norma de derecho de la Unión aplicable al caso, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "*selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso*", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).

En esta línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deduce del derecho a un proceso equitativo con todas las garantías (art. 6 de CEDH), que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a justificar su negativa a plantear cuestiones prejudiciales (STEDH Dhahbi contra Italia, Sentencia del 8 de abril de 2014, demanda nº 17120/09).

Por otra parte la responsabilidad del Estado que dimana de la infracción del deber de aplicar el derecho de la UE por parte de los Tribunales nacionales, incluida la





infracción del deber de reenvío prejudicial, que solo es dispensable por aplicación del criterio del “*acto claro o aclarado*” (Sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit, (C-283/81, EU:C:1982:335)), sólo nace en relación con infracciones imputables a los órganos jurisdiccionales que tienen la obligación jurídica impuesta por el art. 267 de TFUE de plantear la cuestión prejudicial (Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513)).

Ahora bien, al margen del deber jurídico coercible de plantear cuestión prejudicial interpretativa, que es predicable de los órganos jurisdiccionales nacionales que agotan las vías de recurso interno, existe para el resto de tribunales nacionales un deber deontológico de adoptar la solución jurídica más óptima para el caso, lo que impone servir de las herramientas que el sistema judicial europeo ofrece, y muy particularmente de la cuestión prejudicial cuando el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma de derecho de la UE aplicable al caso, pues solo al TJUE le incumbe resolver tales dudas interpretativas al objeto de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho de la Unión en todos los Estados miembros, como exigencia inherente a los principios de efectividad y primacía.

Nuestra reserva al planteamiento de una cuestión prejudicial europea surge de la existencia de un importante acopio de elementos exegeticos que nos permiten extraer una interpretación unívoca y universalmente aplicable de los principios consagrados en el art. 13 de la Directiva autorización a los prestadores de servicios de telefonía móvil.

A ellos se refiere la STS de 20 de mayo de 2016 (Rec. 3937/2014), por remisión a los razonamientos expresados por la Abogado General en sus conclusiones de fecha 22 de marzo de 2012, vertidas con ocasión de la cuestión prejudicial C-55/2011 y sus acumuladas, y que se resumen en la meritada sentencia del TS del siguiente modo:

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

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

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

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

-) Proporcionalidad, requisito que no concurre en la cuantificación que utiliza parámetros que arrojan un montante que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recursos escasos. Esto es, la cuantía debe guardar una relación de





proporcionalidad con los usos o utilización del dominio público por los operadores de telefonía.

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

En definitiva concluye al respecto la Abogado General que "un canon no se ajusta a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa y 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."

Resultan irrelevantes a este respecto las aportaciones del mencionado auto de 12 de julio de 2018 en el que el TS plantea unas cuestiones prejudiciales que no están relacionadas con la problemática que aquí se ha suscitado, ni la referente a la extensión de las exigencias de los arts. 12 y 13 de la directiva autorización a las tasas que gravan a los prestadores de servicios de telefonía fija e internet, pues aquí estamos ante una tasa que grava a los prestadores de servicios de telefonía móvil; como tampoco guarda relación con nuestro caso el supuesto de hecho que motiva al planteamiento de la segunda cuestión prejudicial, esto es, que se establezca como base imponible de la tasa el importe de los ingresos brutos de la operadora, que ninguna relación guarda con el método de cálculo de la tasa que aquí se discute.

Partiendo de las anteriores pautas interpretativas suministradas por el propio Tribunal de Justicia, y asumidas por el Tribunal Supremo, no estimamos necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial encaminada a esclarecer el alcance interpretativo de dichos principios, que por el Tribunal Supremo se han considerado claros. Y desde luego conviene puntualizar que en cualquier caso es improcedente un reenvío prejudicial que tenga por finalidad someter al TJUE el juicio sobre el ajuste a estos principios de un determinado método de cálculo de un canon por ocupación del dominio público, pues esta es la tarea de los órganos nacionales, que no pueden abdicar de la genuina función jurisdiccional de subsunción en el caso concreto examinado en el proceso, de los principios y reglas previstos en la directiva autorización conforme a la interpretación que de la misma ha obtenido el TS a raíz de procesos prejudiciales europeos precedentes.

TERCERO-. Del parámetro €/m² básico.

La ordenanza combatida propone un método de cálculo de la tasa por utilización y/o aprovechamiento del subsuelo, suelo o vuelo efectuado por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, que se resumen en la siguiente fórmula prevista en el art. 5.2 de la citada ordenanza num. 41:

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

En la que €/m² básico se cifra en 39,75 euros/m², magnitud que es producto de un proceso de cálculo que según explica el estudio económico de la tasa se obtiene a partir de un monto global de 2.414.454.809,00 euros que se corresponde con el valor catastral de los inmuebles del municipio con uso comercial, esta cantidad se divide por





el número de m² a que alcanza la superficie construida de estos inmuebles (3.643.654 m²), lo que ofrece un resultado de 662,65 euros/m² de valor medio, parámetro que se duplica hasta alcanzar los 1.325,29 euros por considerar que el valor catastral presenta una diferencia de menos el 50% respecto al valor de mercado, y por último se capitaliza el valor de la utilidad aplicando un coeficiente de 0,03 (3%) que se hace coincidir con el tipo del interés legal del dinero, y así se alcanza el principal parámetro para la fijación de la cuota tributaria que se cifra en 39,75 euros/m².

En contra de lo que sugiere la recurrente la inexistencia de un aprovechamiento lucrativo de los terrenos en los que se instalan las infraestructuras de telefonía por razón de su ubicación en espacios destinados a viales y zonas libres, no empece la labor de cuantificación del valor del suelo con arreglo a parámetros que objetivamente permitan aproximarnos a un valor de mercado del espacio, y consiguientemente al de la utilidad de su ocupación privativa.

El Tribunal Supremo en su meritada sentencia de fecha 20 de mayo de 2016 lo explica con claridad meridiana: *"Parámetro €/m². Frente al criterio del Tribunal "a quo" que rechaza acudir al valor del suelo urbano por no corresponderse con el valor del suelo sobre el que discurren las redes, ha de señalarse que, conforme al mencionado artículo 24.1º) TRLHL no es procedente utilizar la referencia del aprovechamiento en términos urbanísticos, que alude a los derechos de los propietarios delimitado en virtud del planeamiento que fija el contenido de aquéllos en función de la edificabilidad. En efecto, extremando tal criterio podría llegarse a sostener que la ocupación del dominio público local por las empresas de telefonía móvil habría de ser gratuita, con vulneración de los principios constitucionales de igualdad tributaria y generalidad. (...) Por el contrario, en relación con esta tasa, ha de tenderse a la determinación del valor de mercado del terreno en función del aprovechamiento o utilidad gravada."*

De este modo explica el estudio económico, que se ha optado por la referencia de un valor del suelo para uso comercial por ser este el ámbito en el que se desempeñan las compañías que instalan las redes de telefonía, criterio que no entendemos reprehensible pues se dirige a acotar el alcance del valor de la utilidad obtenida por empresas que operan en el sector comercial ofreciendo servicios de telefonía.

Ahora bien, sí apreciamos con la actora una infracción de los principios de transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad en la adopción como componente de partida de este parámetro del valor catastral de los inmuebles con destino comercial, porque esta magnitud integra el valor de la construcción, que no consta se haya expurgado, incrementando de manera injustificada el valor de partida de la utilidad del suelo ocupado, al incorporar conceptos como el coste material de la obra, así como el precio de proyección y dirección facultativa de los trabajos, que son ajenos al valor estricto del suelo, que es el índice que ha de tomarse en cuenta si de lo que se trata es de calcular la utilidad que la empresa sujeto pasivo de la tasa le reporta la utilización privativa del *suelo* bajo o sobre el que transcurren las infraestructuras.

En este punto la técnica de "aproximación al valor de mercado" no puede desplegarse de forma tan grosera que implique un aumento injustificado y desmesurado del precio de la utilidad derivada de la adopción de componentes de





cálculo desvinculados respecto del objeto del uso que se grava, que es el efecto que deriva de la inclusión del valor de la construcción que es un componente no menor del total del valor catastral de los inmuebles. Esta operación entra en conflicto con las restricciones establecidas en el art. 13 de la directiva autorización desde la perspectiva del principio de transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad, en los términos en que aparecen definidos por la jurisprudencia del TS extractada *ad supram*.

Debe consignarse que sobre este concreto aspecto no se pronunció nuestra precedente sentencia de fecha 10 de noviembre de 2017 (rec. 123/17), que avaló íntegramente la legalidad de la ordenanza controvertida en relación con un recurso interpuesto por otra operadora de telecomunicaciones, en el entendido de que el supuesto allí planteado se ajustaba estrictamente al examinado por el TS en su sentencia de 8 de junio de 2016, resultando en nuestro caso algunas diferencias argumentales relevantes a la luz de los motivos aquí argüidos por la recurrente.

Así las cosas, el recurso merece prosperar en este punto, y debe en su consecuencia anularse la tarifa 2ª. Utilización y/o aprovechamiento del subsuelo, suelo o vuelo efectuado por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, regulada en el art. 5.2 de Ordenanza Fiscal Nº 41 relativa a las tasas por la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público, en el particular relativo a la fijación del parámetro “€/m2 básico: 39,75 euros”.

CUARTO.- Del componente CPM

El parámetro definido como coeficiente de ponderación de los servicios de telefonía móvil persigue determinar la proporción en la que las infraestructuras que transcurren por el suelo demanial se emplean para la prestación de los servicios móviles, por contrato con la utilización de las mismas en diferentes servicios de telefonía fija e internet, para de este modo alcanzar una aproximación al coste de la utilidad que para tales servicios móviles representa la ocupación del suelo público.

A estos efectos el estudio económico de la tasa justifica que la proporción de la ocupación del demanio para servicios móviles resulta de la definición del porcentaje de líneas móviles en relación con las líneas fijas de la operadora que se trate en el municipio.

Son diferentes las razones que invitan a la recurrente a sostener la irregular concepción de este coeficiente de ponderación.

De un lado entiende que ignora que el uso de líneas fijas e internet es de mayor intensidad que el de las líneas móviles en atención al volumen de datos que circulan por unas y otras líneas, parámetro, el de la intensidad del uso, que ha sido ignorado por el estudio económico, equiparándose contra toda lógica el valor de las líneas de telefonía fija con las líneas de telefonía móvil, pese a que en este último caso la intensidad de la ocupación del demanio es menor a razón del volumen de datos circulantes, lo que es contrario a los principios expresados por la normativa europea.

Por otra parte la recurrente mantiene que a través de esta fórmula de determinación del coeficiente CPM, se está gravando en menor proporción a aquellas





operadoras que tienen un mayor número de líneas fijas, poniéndose de este modo en evidencia que este parámetro contribuye a desvincular el importe de la tasa resultante de la efectiva ocupación del dominio público que se pretende gravar.

A este respecto nos acogemos a las razones expresadas por el Tribunal Supremo en su tan traída sentencia de fecha 20 de mayo de 2016, y es que como en ella se expone, no se puede imponer la confección de una fórmula aritmética omnicomprendiva de todos los vectores convergentes en el coste de la prestación del servicio de telefonía móvil. Se trata en definitiva de alcanzar un método objetivo que permita una aproximación estimativa al valor de la utilidad, en palabras del Alto Tribunal *“la determinación del valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público local no puede efectuarse en términos matemáticos absolutamente precisos, solo es posible efectuarla en términos estimativos o ponderativos. Y a estos efectos el coeficiente que utiliza el artículo 5 de la Ordenanza puede considerarse suficiente”*.

El CPM en contra de lo que sostiene el recurrente es un índice apriorístico y objetivo revelador de la proporción aproximada en la que la ocupación del suelo público contribuye a la prestación del servicio de telefonía móvil.

Además se cuestiona que se hayan obtenido en el estudio económico los datos sobre números de líneas fijas y móviles del municipio, a partir de la extrapolación de los datos disponibles a nivel nacional suministrados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, para aplicarlos a posteriori al municipio de Málaga, en función del porcentaje de población que esta localidad representa en el total nacional. Esta operación de desagregación o extrapolación de datos nacionales al municipio la considera infractora de la jurisprudencia del TS expresada en sentencias como la de 15 de octubre de 2012.

Pues bien, debe significarse a este respecto que la regulación de la tasa no se sirve de técnica alguna de desagregación de datos nacionales de líneas disponibles. Dice literalmente el art. 5.2 de la Ordenanza cuestionada en lo referente a la determinación del parámetro CPM que *“b) CPM: Coeficiente de ponderación de los servicios móviles respecto a la totalidad de servicios de comunicaciones prestados por el obligado tributario. Se expresa en un porcentaje determinado para cada operador en función de su número de líneas móviles, ya sean en prepago, pospago o líneas de máquinas M2M, sobre el total de sus líneas móviles y fijas activas en el municipio a fecha de devengo. El resultado de aplicar este coeficiente sobre el parámetro €/m² básico, no podrá exceder de un valor de 38 euros.”*

La toma de conocimiento del número de líneas de cada operador se obtiene a partir de la declaración anual obligatoria que viene impuesta a las empresas de telefonía en el art. 8 de la ordenanza bajo el epígrafe “gestión”, y así se dice que *“las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil contribuyentes de la tasa deben presentar en el Ayuntamiento, antes del 1 de abril de cada año, declaración referida a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, comprensiva de:*

-(...)





-Número de líneas de telefonía móvil de la empresa o entidad explotadora de servicios móviles, en prepago y en postpago, así como de líneas de máquinas (M2M), de titulares o abonados que hayan declarado su domicilio en el término municipal.

-Números de líneas de telefonía fija de la empresa o entidad explotadora de servicios móviles activas en el término municipal.

De lo que resulta que no se verifica extrapolación alguna de datos nacionales para la fijación del importe de la tasa, sino que los datos necesarios para la fijación del coeficiente CPM en la liquidación de la cuota tributaria se refieren directa y exclusivamente al municipio de Málaga, mediante la aportación de tales datos de forma obligatoria y anualmente actualizada a cargo de las entidades sujetos pasivos de la tasa.

Esta denunciada operación de extrapolación de datos nacionales al municipio de Málaga se ha efectuado exclusivamente al objeto de calcular el rendimiento estimado de la tasa de modo que se justifique que este no es superior al valor de mercado de la utilidad, técnica estimativa que se emplea por ausencia de datos desagregados del municipio al momento de la elaboración del estudio económico, que se considera es válida para aproximar el rendimiento estimado de la tasa, pero que no es de utilidad para la fijación de la cuota tributaria concreta a satisfacer por los sujetos pasivos del tributo, que como se explica en la memoria justificativa se ha de servir a fines impositivos de datos concretos, ciertos y actualizados referidos al municipio y suministrados por las propias operadoras.

Estos motivos del recurso deben ser desestimados.

QUINTO.- Del factor SUP.

Este componente de la fórmula de cálculo se dirige a precisar las efectivas dimensiones de la ocupación demanial por las infraestructuras de telefonía. Se cifra en un coeficiente de 0,40 m de anchura media de las canalizaciones.

Se critica por la recurrente la falta de precisión del cálculo operado para la obtención de esta magnitud y su deficiente motivación, motivos relacionados con la infracción de los principios de justificación objetiva y transparencia definidos en el art. 13 de la directiva autorización.

Efectivamente la explicación contenida en la memoria resulta un tanto parca y se resume en los siguientes términos: *"Dicha anchura media resulta de las estimaciones realizadas por los servicios competentes de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras, ante la dificultad de precisar con exactitud las diferentes anchuras utilizadas en las numerosas licencias concedidas. A este respecto es conveniente señalar que, habiendo sido tendidas redes de forma homogénea en todo el país, la anchura media que considera por ejemplo el Ayuntamiento de Madrid es de 0,65 metros, que es netamente superior a la de 0,40 metros estimada por nuestra Gerencia, pero aun así aceptada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2016, que ha convalidado por entero la ordenanza de la tasa vigente en dicho municipio desde 2012."*





La lectura de este extracto del estudio económico nos obligaría a concluir con la actora que la determinación de este parámetro se ha efectuado de manera vagamente aproximativa, imprecisa técnicamente y por mera comparación con el resultado obtenido por otros municipios. Pero el documento de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 9 de agosto de 2016 obrante en los autos como documento número dos de la contestación a la demanda, contribuye eficazmente a desvanecer esta primera conclusión. En él se explica que se han analizado los proyectos presentados por empresas del sector para la instalación de canalizaciones, que en un período comprensivo de los años 1999 a 2016 la tecnología ha evolucionado y ha permitido reducir el ancho de las canalizaciones desde los 110 mm de anchura de los primeros tubos a 32 mm de los más recientes. Por lo que en definitiva se ha estimado un ancho medio de 0,40 metros. Esta justificación sí es bastante para soportar la corrección de las operaciones que han dado lugar a la fijación de este componente de la fórmula de cálculo de la tasa estudiada, y evidencia que ha existido un análisis técnico subyacente en la obtención de este parámetro.

Por último deben desecharse las alegaciones que combaten la fijación de esta magnitud por la infracción de las previsiones del art. 25 de RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, sobre este apartado ya explicó el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de mayo de 2016 que este precepto se opone a la utilización de valores medios cuando esto se traduce en una reserva de espacio injustificada y potencialmente superior a la estrictamente necesaria para el desarrollo de la actividad de que se trate, pero no cuando este valor medio se identifica con una “reserva mínima” estandarizada con origen en la normativa técnica de aplicación, que implica una indisponibilidad general del recurso para todos y en beneficio exclusivo de los operadores.

Este motivo del recurso debe ser desestimado.

SEXTO.- De la infracción del principio de transparencia.

La recurrente dedica un motivo del recurso a denunciar la infracción del principio de transparencia que ha supuesto la ausencia de publicación con carácter previo de los gastos administrativos derivados de la gestión de las autorizaciones al objeto de comprobar que el importe de la tasa guarda correspondencia con dichos costes administrativos.

Las referencias que la directiva autorización efectúa repetidamente en sus arts. 6, 11 y 12 a la necesaria publicación anticipada de los costes administrativos generados por la gestión de las autorizaciones, es exigencia relacionada no con el canon por ocupación privativa del espacio público previsto en el art. 13 de la directiva autorización, sino con la tasa por obtención de autorizaciones administrativas del art. 12 de la dicha directiva.

Este distingo que es claro a la vista de la regulación de los arts. 12 y 13 de la directiva autorización, permite discernir dos figuras tributarias con acendrada tradición en nuestro derecho interno, la tasa por ocupación privativa o aprovechamiento especial del dominio público, equiparable al denominado “canon por derechos de uso y derechos de instalar recursos” previsto en el art. 13 de la directiva autorización, y de





otra parte las tasas por prestación de servicios públicos que no sean de recepción voluntaria o no se presten por el sector privado, categoría coincidente con la "tasa administrativa" regulada en el art. 12 de la Directiva, que grava el coste del servicio público monopolístico de otorgamiento de autorizaciones administrativas.

Esta figuras tributarias están definidas con precisión en los arts 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en el art. 20 de LRHL, de modo que el art. 24.2 de LRHL previene en relación con las tasas por prestación de servicios públicos que *"En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.*

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa,..."

Este es el sentido que tiene la puesta en conocimiento público del coste del servicio, justificar el importe de la tasa y fiscalizar que esta no se impone por encima del límite legal que es el estricto coste del servicio. De lo explicado se extrae que la exigencia a la que hace referencia la recurrente no guarda relación alguna con el tipo de figura impositiva que aquí nos ocupa, esto es, el canon o tasa por ocupación del dominio público que regula el art. 5.2 de la ordenanza fiscal combatida y a la que se refiere el art. 13 de la directiva autorización.

Este motivo del recurso debe ser desestimado.

SEPTIMO.- De las costas del proceso.

En cuanto al pago de las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de LJCA en su redacción vigente tras la reforma operada por la Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal, en los casos de estimación parcial del recurso éstas no se impondrán a cargo de ninguna de las partes, de modo que cada una de ellas deberá satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. Elena Auriolés Rodríguez, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 2 de diciembre de 2016 por la que se aprueba definitivamente la Ordenanza Fiscal N^o 41 relativa a las tasas por





la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal o terrenos de uso público, que se anula parcialmente en el particular relativo a la fijación del parámetro “€/m² básico: 39,75 euros” de la Tarifa 2ª relativa a la utilización y/o aprovechamiento del subsuelo, suelo o vuelo efectuado por las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, regulada en el art. 5.2 de la citada ordenanza, sin expresa condena en costas a cargo de ninguna de las partes.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días desde su notificación en los términos del art. 89.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por los Magistrados que la suscriben estando celebrando audiencia pública de lo que yo la Secretaría. Doy fe.

