

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4
004 - A CORUÑA**

-S40120
PLAZA GALICIA S/N
881881125-831881123
IL

N.I.G: 36057 45 3 2015 0000767
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0015033 /2018
Sobre ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y FINANCIERA
De D/ña. ORANGE ESPAGNE SA
Abogado: ANTONIO-MANUEL PUENTES MORENO
Procurador: CAROLINA RIOBO PEREZ
Contra D/ña. CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

COPIA

D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4 004, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de RECURSO DE APELACION n° 0015033 /2018 ha recaído SENTENCIA, del tenor literal: **T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00030/2019

-N56820
PLAZA GALICIA S/N
IL
N.I.G: 36057 45 3 2015 0000767
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0015033 /2018
Sobre: ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y FINANCIERA
De D./ña. ORANGE ESPAGNE SA
Representación D./D^a. CAROLINA RIOBO PEREZ
Contra D./D^a. CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)
Representación D./D^a. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

PONENTE: D.JUAN SELLES FERREIRO

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a
JOSE MARIA GOMEZ Y DIAZ-CASTROVERDE
JOSE MARIA ARROJO MARTINEZ
JUAN SELLES FERREIRO
FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA
MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

A CORUÑA, veintidós enero de dos mil diecinueve.

En el RECURSO DE APELACION 15033/2018 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por ORANGE ESPAGNE



S.A., representada por la procuradora doña CAROLINA RIOBO PEREZ, dirigida por el letrado D. ANTONIO-MANUEL PUENTES MORENO contra SENTENCIA de fecha N° 422/16, dictada en el procedimiento PO 361/15 por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO n° UNO de VIGO.

Es parte apelada el CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), representada por el procurador D. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO, dirigido por el LETRADO DEL AYUNTAMIENTO.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN SELLES FERREIRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente.

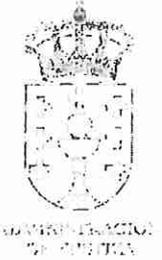
SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- se aceptan los de la sentencia apelada y

A fin de centrar el debate y en relación con el recurso de apelación debemos recordar al respecto que una jurisprudencia consolidada de la Tercera del Tribunal Supremo, de la que son fieles exponentes sus sentencias de 25 de junio y 24 de julio de 1996, viene declarando que el recurso de apelación contencioso-administrativo tiene por objeto depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que el contenido del escrito de alegaciones de la parte apelante ha de consistir precisamente en una crítica de la sentencia impugnada, que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en la primera instancia por otro distinto, siendo, por tanto, el recurso de apelación un remedio procesal que se concede a las partes para combatir aquellos fallos que se consideran contrarios a sus intereses, actuándose, a su través, una pretensión revocatoria que, como toda pretensión procesal, requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada, y, por ello, se viene declarando con machacona reiteración que, al reproducirse en el escrito de alegaciones formulado en el trámite de apelación el contenido del escrito de demanda, o al limitarse aquel,





simplemente, a dar por reproducidos todos los argumentos vertidos ante el Tribunal de instancia, sin que se haga motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, se incurre, en realidad, en una práctica omisión de las alegaciones correspondientes a las pretensiones deducidas, o intentadas deducir, en la segunda instancia, omisión que, aunque no sea enteramente equiparable al abandono del recurso, si conduce a desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia apelada, siempre que esta no consagre una infracción legal que pueda ser corregida sin menoscabo del carácter rogado del proceso, toda vez que, si bien el recurso de apelación traslada al Tribunal "ad quem" el total conocimiento del litigio, no está concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia ante un Tribunal de distinta jerarquía, sino como una revisión de la sentencia apelada tendente a depurar la resolución recaída en aquel y, de ahí, la necesidad de motivar la pretensión de que la sentencia apelada sea sustituida por otra diferente, pues, aunque ante el Tribunal "ad quem" siga combatiéndose el mismo acto que se impugnaba ante el Juzgador "a quo" lo que se recurre en apelación son, ciertamente, los pronunciamientos de este último.

Estos argumentos jurídicos nada impide que sean similares, y aun los mismos, que se barajaron por la apelante con ocasión de la primera instancia siempre y cuando la misma no se limite a ratificarse, dándolos por reproducidos, y efectúe una concreta crítica de la sentencia apelada, pidiendo ex presamente la revocación de la misma, poniendo de relieve el por qué considera que los argumentos vertidos en la primera instancia en apoyo de una concreta pretensión, y que no fueron utilizados, o no lo fueron en el sentido propuesto, por el Juzgador actuante en aquella ocasión, siguen siendo válidos para obtener el pronunciamiento que pretende.» (STSJ Madrid de 15 de enero de 2015, rec. 669/2014)

Estas premisas vienen a colación de que la mayor parte del escrito de apelación la dedica el recurrente a insistir en la conveniencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE por cuanto dicho Tribunal, de las tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, solo entró a resolver dos de ellas dejando sin contestar la relativa a la adecuación del método de cálculo de la tasa a la normativa europea.

Esta cuestión se introduce ahora en el debate no habiéndose planteado en la primera instancia lo que llevaría a no entrar en su ponderación.



Ello no obstante , sobre la base de que , como se reconoce en el escrito de interposición del recurso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo no consideró oportuno el planteamiento de la cuestión prejudicial no cabe pretender, por mor del principio de jerarquía de los órganos judiciales, que plantee esta Sala una cuestión cuya oportunidad o procedencia fue rechazada por el Alto Tribunal.

En efecto, en el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12.7.18 se acuerda plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primero. Si la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas ("Directiva autorización"), interpretada por el TJUE en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, y, específicamente, las limitaciones que la misma contempla en sus artículos 12 y 13 al ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros, resulta de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet.

Segundo. En el caso de que la cuestión anterior fuese respondida afirmativamente (y se declarara la aplicación de aquella Directiva a las prestadoras de servicios de telefonía fija e internet), si los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa -propietaria de los recursos instalados- con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente.

Esta segunda cuestión es diferente a la que se planteó en su día en relación con la telefonía móvil.

Pero es que , en nuestra sentencia de 21.9.16 en sede del recurso de apelación 15011/2016, de la que se hace eco la sentencia de instancia se decía, en remisión a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (rec.1869/2015) :

b) Planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 2012. Ante la alegación de que las ordenanzas examinadas infringían los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, este Tribunal planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

1º) Si el artículo 13 de la Directiva autorización permitía el establecimiento de un canon por derechos de instalación de recursos en el dominio público municipal a las empresas





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía.

2º) Si permitía las condiciones en que el canon o tasa se cuantificaba en las correspondientes ordenanzas.

3º) Si el mencionado artículo 13 reunía las características necesarias para que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, gozase de efecto directo.

Este Tribunal formuló la segunda cuestión, relativa a la determinación de la cuantía de la tasa de forma subsidiaria para el caso de que, en respuesta a la primera, el TJUE concluyera que era compatible con el artículo 13 de la Directiva un sistema que exigía el canon también a las compañías de telefonía que no eran titulares de la red que usaban para prestar el servicio.

En las conclusiones de la Abogada General, de 14 de marzo de 2012 se respondió a las tres cuestiones: El artículo 13 de la Directiva era de aplicación directa; no autorizaba a los Estados miembros a imponer a los operadores de telefonía un canon por el uso de los recursos instalados en el dominio público local que sean propiedad de otras empresas; y que el canon contemplado no satisfacía los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trata, en cuanto se basaba en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa o en otros parámetros que guardaran relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso resultante del uso efectivo que haga la empresa de dichos recursos.

La STJUE de 12 de julio de 2012 respondió en sentido afirmativo sobre la eficacia directa del artículo 13 de la Directiva, que debe ser entendido en el sentido de que se opone a la aplicación a un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar el servicio de telefonía. Y, a la vista de la respuesta dada esta cuestión, resultaba innecesario responder a la suscitada sobre la cuantificación de la tasa.

c) Desde dicha sentencia del TJUE, la doctrina de esta Sala es la siguiente:

1º) En relación con el hecho imponible se permite exclusivamente la imposición de cánones o tasas por los derechos de uso de radiofrecuencias (tasa por espectro electrónico); derechos de uso de numeración (tasas por



numeración); y derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma (tasa por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público local).

2º) En cuanto a la trascendencia de la titularidad de la red o recursos instalados en el dominio público local, siguiendo en este punto la doctrina del TJUE:

-) El artículo 13 de la Directiva autorización no permite incluir en los cánones o tasas a los operadores que, sin ser propietarios de los recursos instalados en el dominio público, utilicen los recursos instalados de otras operadoras.

-) La Directiva no define ni el concepto de instalación, de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a la instalación. Sin embargo, del artículo 11.1 de la Directiva marco puede deducirse que se refiere a la empresa u operadora habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, subsuelo o el espacio situado por encima del suelo; y los términos recursos e instalaciones remiten a las infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica y a su colocación física en la propiedad pública o privada.

3º) En cuanto a la cuantificación de la tasa, este Tribunal, de manera reiterada y en aplicación de la doctrina contenida en las mencionadas conclusiones de la Abogada General la rechaza cuando no es compatible con los siguientes requisitos:

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

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

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

b) 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





COMUNIDAD DE MADRID



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ingresos brutos obtenidos por una compañía o por su volumen de negocio.

c) Proporcionalidad, :requisito que no concurre en la cuantificación que utiliza parámetros que arroja un montante que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recursos escasos. Esto es, la cuantía debe guardar una relación de proporcionalidad con los usos o utilización del dominio público por los operadores de telefonía.

d) 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.

A este respecto, la citada sentencia de esta Sala y Sección de 21.9.16 ya puntualizó:

"Criterio, el anterior, que aunque excede de las cuestiones planteadas en el presente recurso, y que se transcribe para facilitar la visión de conjunto que sobre la cuestión muestran la sentencia mencionada y su antecedente de 9 de mayo, nos lleva a concluir la improcedencia de considerar contraria la norma impugnada al artículo 13 de la Directiva Autorización y, por ello, a conceptualizar innecesario el planteamiento de cuestión de prejudicialidad y, añadidamente, a rechazar la invocación que se hace, con cita de las sentencias revocadas, a la infracción de los principios de objetividad y proporcionalidad. La sentencia apelada -fundamentos cuarto y quinto antes transcritos- resolvió adecuadamente sobre dichas cuestiones pues en definitiva, la objetividad se predica en relación con valores, cuya inadecuación no ha sido acreditada en cuanto toman en consideración las categorías de las calles, lo que es expresión de la referencia al "valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público" (artículo 24.1, a) TRLRHL), sin que quepa acoger en el momento actual la reserva sobre la regulación en cuanto a la ocupación de subsuelo en zonas de parques y jardines, por los términos ya expuestos en la STS acotada. En fin, tampoco existen elementos que pongan de manifiesto la finalidad disuasoria que se denuncia en relación con la norma impugnada, debiendo aplicarse al caso que nos ocupa los criterios expuestos por el Tribunal Supremo en relación con el uso de microceldas y otros elementos de tecnología avanzada, ratificando en este punto y por ello los criterios de la sentencia apelada." (sic)



En consecuencia, establecidos los parámetros a los que habrá de ajustarse el método de cálculo bastará su análisis para determinar si aquél se adecúa a los mismos.

Y esto es lo que hace el juzgador a quo.

Cierto es que no se hace mención en la sentencia a la prueba aportada por la recurrente, esto es, el Informe emitido por el departamento de construcción y tecnología arquitectónicas de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Madrid.

En dicho informe se viene a concluir, entre otros extremos, que se considera más conveniente la obtención del valor de medio por metro cuadrado asignado a las zonas verdes en la ponencia de valores catastrales del municipio de Vigo.

Partiendo de la base de que un informe emitido por una escuela técnica no es idóneo para la resolución de una cuestión con claros componentes jurídicos lo cierto es que ya la propia jurisprudencia ha hecho hincapié en que no hay un solo método o criterio para valorar la utilidad que reporta el uso exclusivo del suelo y subsuelo poniendo de manifiesto la dificultad que comporta dicha valoración.

El hecho de que en no pocos municipios se haya tomado como referencia el valor catastral no significa que queden vedados otros criterios o parámetros de referencia para la cuantificación o cálculo de la tasa.

Lo trascendente es que en el informe técnico se justifiquen y expliciten los parámetros tenidos en cuenta para su cálculo a fin de poder determinar si se ajusta a los criterios ya enunciados de objetividad, proporcionalidad, no discriminación y optimización de los recursos.

Nótese que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8.6.16 en su fundamento de derecho quinto recoge que:

"El TRLHL tampoco impone un determinado método para el cálculo del importe de la tasa de que se trata, por lo que las corporaciones locales pueden establecer diferentes fórmulas siempre que se respeten los límites derivados de sus artículos 24 y 25.

Es decir, ha de tenerse en cuenta: 1º) que no resulta aplicable el régimen especial de cuantificación del artículo 24.1.c) a los servicios telefonía móvil; 2º) que ha de atenderse a la regla general del artículo 24.1.a) que impone





MINISTERIO DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que se tome como valor de referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados fuesen de dominio público -"a tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada"-; 3º) que para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas; y 4º) que los respectivos acuerdos de establecimientos de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público deben adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto dicho valor de mercado-informes que se incorporarán al expediente de adopción del correspondiente acuerdo-". (sic)

A este respecto entendemos que, a la vista del informe técnico, la fórmula que utiliza el Concello para el cálculo, con la diferenciación de las calles por categorías, por el cálculo del valor medio de mercado de los arrendamientos y con la aplicación de un coeficiente corrector que rebaja en un 50% el valor obtenido se ajusta plenamente a derecho.

Segundo.- En cuanto al cálculo de la tasa en razón del ancho de ocupación que cuestiona la recurrente, la tan citada sentencia de esta Sala de 21.9.16 que recoge la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8.6.16, zanja la cuestión al pronunciarse del siguiente modo:

"D.- Ancho medio utilizado para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m2 por cada metro lineal.

Considera la Sala de instancia que la utilización de valores medios atenta, en primer lugar, al principio de utilización óptima de los recursos, en este caso del suelo, vuelo y subsuelo de dominio público municipal porque grava en igual medida al que utiliza con sus redes más espacio, que aquél operador titular de las redes que pueda utilizar una tecnología que minimice el espacio usado. Y, en segundo término, entiende que solo puede gravarse la ocupación efectiva determinada por el ancho real del cable instalado y sus elementos de protección sin que pueda gravarse la "superficie teóricamente reservada" en las aceras para la instalación de redes de telecomunicación.

Ahora bien, el verdadero significado del referido "ancho medio" es el de un "ancho mínimo" derivado de un estándar urbanístico de obligado cumplimiento, que deriva de la



Ordenanza de Diseño y Gestión de Obras en la Vía Pública de 31 de mayo de 2006. Esto es, se prevén anchos de reserva en función del tipo de canalización, según se trate de alumbrado y regulación de tráfico, redes de riego, conducciones de agua, conducciones de gas, energía eléctrica y comunicaciones para cable, respecto de la que se señala, precisamente 0,65 m. En definitiva, se trata de una reserva real y obligada que comporta la indisponibilidad del recurso en esas dimensiones, tanto para la Corporación como para terceros.

Por tanto, el artículo 5 de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid que se analiza incorporaba para la cuantificación de la tasa unos criterios que se ajustaban a los artículos 24 y 25 del TRLH y que, en ningún caso, pueden considerarse contrarios a los principios que exige el Derecho europeo de transparencia, objetividad, proporcionalidad y no discriminación>>. (sic)

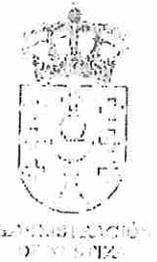
TERCERO.- Por último y en lo referente a la pretendida concurrencia de un supuesto de doble imposición también la sentencia de 21.9.16 aborda esta cuestión en los siguientes términos:

Tampoco es de apreciar la vulneración del Derecho interno que se denuncia. Sobre este particular la sentencia apelada constató lo siguiente:

<<La parte actora finaliza su demanda alegando la vulneración de la incompatibilidad regulada en el artículo 24.1 c) del TRLHL in fine, que excluye la aplicación al mismo sujeto pasivo de una tasa basada en el régimen de cuantificación contenido en la letra a) del mismo precepto cuando el mismo esté abonando la tasa de ocupación cuantificada con arreglo al régimen especial. En este sentido, la actora alega que es una entidad prestadora de servicios de telefonía móvil y de servicios de telefonía fija, motivo por el cual se le exigen tasas por los dos conceptos. Se aduce que como está sujeta a la tasa por los servicios de telefonía fija, al amparo del artículo 24.1 c) del TRLHL, debe quedar excluida de la exacción de otra tasa derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas.

Para resolver sobre el alegato, hay que tener en cuenta que el artículo 4.5 de la Ordenanza aplicada (esto es, la Ordenanza nº 35 reguladora de la tasa por la utilización privativa y aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil), en desarrollo y aplicación del artículo 24.1 a) del TRLHL, dispone que la





cuota tributaria resultante de la aplicación de los apartados 4.1, 4.2 y 4.3 anteriores podrá ser minorada en el importe que eventualmente el sujeto pasivo hubiera ingresado conforme al artículo 4.5 de la Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo, que regula las tasas por el aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local.

Este artículo 4.5 de la Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo prevé que cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo, o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios que resulten de interés general o afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario, el importe de aquellas consistirá en todo caso y sin ninguna excepción, en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal las referidas empresas.

No se vulnera, por tanto, en la normativa fiscal del Concello la incompatibilidad de la tasa del artículo 24.1 a) y 24.1 c) del TRLHL, ya que en la liquidación de la primera se establece la deducción del importe que haya sido pagado por la segunda, sin que en la exacción del 1,5% de los ingresos obtenidos en el término municipal se tengan en cuenta los derivados de la telefonía móvil.

En cuanto a la liquidación impugnada tampoco se vulnera esta regla de incompatibilidad entre ambas modalidades de cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público local, ya que el plazo reglamentario de presentación de la autoliquidación e ingreso por la tasa objeto de impugnación en estos autos, regulado por el artículo 6.1 de la Ordenanza Fiscal nº 35, es el de los 30 primeros días de cada semestre natural, mientras que el plazo de presentación de autoliquidación e ingreso de la tasa del 1,5% de los ingresos regulada en la Ordenanza Fiscal nº 30 es el del primer mes de cada semestre para el ingreso de la correspondiente al semestre anterior. Por tanto, la autoliquidación de la tasa de telefonía móvil correspondiente al primer semestre del año 2014 no puede reflejar la minoración del pago de la tasa del 1,5% correspondiente a ese primer semestre, ya que el plazo reglamentario de pago de ese primer semestre se abre en el segundo semestre, estando abierto el plazo de autoliquidación y pago correspondiente al primer semestre del año 2014 hasta el 31 de julio de 2014.

La propia Ordenanza Fiscal nº 35 contempla esta situación, al señalar que la minoración a que se refiere el apartado 4.4 no será de aplicación en la autoliquidación del primer



semestre que realice el sujeto pasivo. A partir del segundo semestre objeto de autoliquidación, podrá minorarse la cuota calculada conforme al artículo 4, apartados 4.1, 4.2 y 4.3 en el importe ingresado en virtud de la Ordenanza 30, apartado 5 del artículo 4 en el semestre anterior.

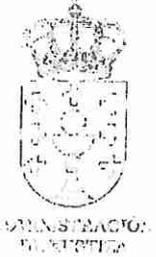
Por tanto, no se vulnera la incompatibilidad entre ambas modalidades de cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público local, al permitir la deducción de lo ingresado por la tasa del 1,5% prevista en desarrollo del artículo 24.1 c) por el artículo 4.5 Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo, que regula las tasas por el aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local, si bien esa deducción de lo abonado por esa tasa correspondiente al primer semestre del año 2014 tendrá que realizarse en la liquidación correspondiente al segundo semestre de dicho año, porque hasta ese momento no habrá podido realizar el ingreso de dicha tasa del 1,5% de los ingresos brutos de facturación correspondiente a ese período. Con este mecanismo de deducción se evita la duplicidad impositiva denunciada por la actora en su demanda>>.

El fundamento cuarto del recurso se refiere a esta cuestión planteándola ahora ante la Sala sin referirse a lo resuelto en la sentencia. En realidad, lo que parece cuestionar el recurso es la posibilidad misma de imposición de la tasa por la circunstancia de que ya satisface otra distinta, en este caso no por elementos de ocupación propios de la telefonía móvil, sino de la telefonía fija, invocando la STJUE de 18 de julio de 2006 (asunto C-339/04).

Lo planteado al TJUE por el Consiglio di Stato italiano en el referido asunto es lo siguiente:

<<1) ¿Es compatible con los principios que informan la Directiva 97/13 una norma nacional que -al imponer a las sociedades titulares de servicios públicos, que en el pasado han explotado, para sus propias necesidades y en régimen de concesión onerosa, redes de telecomunicaciones, la constitución de sociedades separadas para el desarrollo de cualesquiera actividades en el sector de las I - 6941 SENTENCIA DE 18.7.2006 - ASUNTO C-339/04 telecomunicaciones- prevé que tal sociedad separada, aunque licenciataria del servicio público, debe, incluso con carácter transitorio, abonar un canon adicional en relación con la cesión de la red de telecomunicaciones a favor de la sociedad matriz? 2) ¿Es compatible con la normativa comunitaria y con la interpretación dada a la misma por el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 18 de septiembre de 2003, Albacom e Infostrada (C-292/01 y C-293/01, Rec. p. I-9449), una disposición





nacional que (con carácter transitorio) calcula el segundo y adicional canon adeudado por la actividad desarrollada en beneficio de la sociedad matriz con arreglo a lo pagado en el pasado por tal sociedad matriz durante el período de vigencia del anterior régimen de exclusiva, caracterizado por la diferenciación entre concesiones de sistemas de telecomunicaciones de uso público y concesiones relativas a sistemas de uso privado?»

Y lo resuelto es:

<<El artículo 11 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, se opone a una normativa nacional, como la que se cuestiona en el asunto principal, que sujeta al titular de una licencia individual para el suministro de una red pública de telecomunicaciones, por la cual ha pagado una contribución como la contemplada en dicho artículo, al pago de una contribución complementaria por la utilización privada de dicha red y calculada según unos criterios que no corresponden a los previstos en dicho artículo>>.

En definitiva, ni en el planteamiento, ni en la solución, es el caso que nos ocupa, ya que lo resuelto es si un uso mixto público y privado puede amparar un canon adicional, con criterios diferentes ya que, como subraya la sentencia, el artículo 11 de la Directiva citada <<prevé expresamente que los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los citados procedimientos tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione el volumen de trabajo generado por el sistema de licencias, con excepción del supuesto de la utilización de recursos escasos (véase la sentencia Albacom e Infostrada, antes citada, apartado 33)>>. De manera, entonces, que el canon a que dicha sentencia se refiere, por actividad administrativa, y el que nos ocupa, por utilización o aprovechamiento especial del dominio público, son diferentes, sin que en el caso de autos se haya alegado ni, por tanto, resuelto, que la actividad administrativa sea objeto de gravamen ni se haya repetido de cara a imponer un tasa como la que se discute. Y dicho esto, la cuestión ha sido resuelta correctamente en la sentencia apelada, al incidir en la minoración de lo pagado por la tasa de la telefonía fija, sin que la invocación de la recurrente de lo resuelto al respecto en las sentencias del TSJ de Madrid de 7/10/14 y 15/4/15 pueda reiterarse en este momento, puesto que, como se dijo, han sido casadas por el Tribunal Supremo.”



En conclusión, tratándose de la misma Ordenanza del Concello de Vigo al que se refería la sentencia de apelación *mutatis mutandis* no cabe apreciar la doble imposición que se aduce en el presente recurso contencioso-administrativo .

CUARTO.- Dispone el art. 139.2 de la LJCA que en los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En consecuencia concurriendo en el presente caso serias dudas de derecho no procede la expresa imposición de las costas procesales.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE S.A.U. contra la sentencia dictada en fecha 20.12.16 por el juez de lo contencioso-administrativo nº1 de Vigo.

No procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Sin expresa imposición de las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que, dando cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se tome en consideración lo dispuesto en el punto III del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2016, sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. del 6 de julio de 2016).

Así se acuerda y firma. Concuera bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extendiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a veintinueve de enero de dos mil diecinueve.

LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITZA

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
VIGO**

SENTENCIA: 00422/2016

-

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2015 0000767

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000361 /2015 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª: ORANGE ESPAGNE S.A.U.

Abogado: ANTONIO-MANUEL PUENTES MORENO

Procurador D./Dª: CAROLINA RIOBO PEREZ

Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO CONCELLO DE VIGO

Abogado:

Procurador D./Dª RAMON CORNEJO-MOLINS GONZALEZ



SENTENCIA Nº: 422/16.

En Vigo, a veinte de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Ordinario, seguidos con el número 361/2015, a instancia de la mercantil "ORANGE ESPAGNE S.A.U.", representada por la Procuradora Sra. Riobo Pérez y defendida por el Letrado Sr. Puentes Moreno, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por el Procurador Sr. Cornejo-Molins González y defendido por la Sra. Letrado de sus Servicios Jurídicos; con el siguiente objeto:

Acuerdos dictados el 27 de febrero de 2015 por el Tribunal Económico-Administrativo del Concello de Vigo, por los que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas interpuestas por la ahora demandante en relación con las liquidaciones giradas por el primer y segundo semestre de 2014 por el concepto de "Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público local", publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra de 23 de diciembre de 2013.

También se impugna de forma indirecta la Ordenanza reguladora de la indicada tasa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba citada.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se acordó sustanciarlo por los trámites del recurso ordinario.

Recabado el expediente administrativo, se formalizó el escrito de demanda, que finalizaba suplicando se dictase sentencia por la que se revoquen las resoluciones desestimatorias de las dos reclamaciones económico-administrativas presentadas y se anulen las liquidaciones giradas, así como la Ordenanza que les sirve de causa.

Por parte de la representación del Concello se contestó en forma de oposición, instando la desestimación de las pretensiones de la actora.

Una vez fijada la cuantía del pleito en 419.247,46 euros, se recibió a prueba, practicándose la declarada pertinente, tras lo cual se presentaron los escritos de conclusiones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *De la cuestión de ilegalidad*

Dispone el art. 26 de la Ley de la Jurisdicción que, además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho, añadiendo que la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Sobre esta base, la parte actora indica que la modificación de la Ordenanza Fiscal nº 35, reguladora de la Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra de 23 de diciembre de 2013 incurre en vicio de nulidad -o anulabilidad-, entre otras cuestiones, por ausencia de informe técnico-económico exigido por el art. 25 TRLHL.

En el art. 17 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, se regula el procedimiento para la elaboración, publicación y publicidad de las Ordenanzas Fiscales, con el siguiente tenor:

"1. Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.



2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.

4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

5. Las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente.

En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden".

Y su art. 25 (en el texto vigente en la época en que se tramitó la modificación de la Ordenanza) expresa en su primer párrafo que "los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquellos, respectivamente. Dicho informe se incorporará al expediente para la adopción del correspondiente acuerdo".

SEGUNDO.- *De la tramitación seguida por el Concello de Vigo*

Analizado el expediente administrativo, hallamos los siguientes hitos históricos de interés:

1.- La Xunta de Gobierno Local aprobó, en su sesión del 25 de septiembre de 2013, la propuesta de la modificación de la Ordenanza Fiscal en cuestión.



2.- Previamente, se había emitido el informe técnico-económico por parte de la Directora de Ingresos (folios 22 a 30 del expediente, con Anexos I y II) e informe-propuesta que había contado con la conformidad del Tribunal Económico-Administrativo del Concello y del Interventor General.

3.- La Comisión Informativa de Economía e Facenda acordó el 10 de octubre, y ante la ausencia de enmiendas presentadas por los grupos políticos, aprobar inicialmente la modificación de la Ordenanza en los términos propuestos.

4.- El Pleno del Concello de Vigo votó favorablemente esa aprobación inicial el 15 de octubre.

5.- En el BOP Pontevedra de 17 de octubre de 2013 se publicó ese acuerdo, informando de que el expediente se hallaba en la Oficina de Información del Ayuntamiento para información pública y audiencia a las personas interesadas durante el plazo de 30 días hábiles, para que pudieran presentar, en su caso, reclamaciones y sugerencias, de conformidad con los artículos 17 del TRLRHL y 49 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local.

También estuvo expuesto en el Tablón de Anuncios de la Entidad, desde el 18 de octubre hasta el 22 de noviembre, tal y como consta certificado por la Secretaría del Consistorio.

El día 18 de octubre se publicaron sendos anuncios del acuerdo en dos períodos de mayor difusión en la provincia: Faro de Vigo y La Voz de Galicia.

6.- Se presentaron alegaciones sobre esta Ordenanza, que fueron desestimadas, aprobándose definitivamente la modificación en sesión plenaria el 19 de diciembre siguiente.

7.- En el BOP de 23 de diciembre se publicaron las modificaciones de la Ordenanza Fiscal que tratamos, sin introducir variaciones con relación a la aprobación inicial.

8.- Entró en vigor al día siguiente de su publicación y comenzó a aplicarse des el día 1 de enero de 2014.

TERCERO.- *De la resolución de la impugnación por motivos de forma*

Consolidada es la jurisprudencia (como es el caso de las STS de 14.12.2010, 19.4.2012 y 18.5.2012) que ha puntualizado que la impugnación indirecta de una disposición general no puede utilizarse para denunciar infracciones meramente formales o procedimentales, salvo excepciones que se detallan en la STS de 6 de julio de 2010 (Casación 4039/2006), que concluye que cabe admitir una impugnación indirecta basada en razones procedimentales sólo "cuando se hubiese incurrido en una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente".

Teniendo en cuenta esta doctrina, sería suficiente para la desestimación de plano de la impugnación contenida en la demanda con respecto a las sedicentes infracciones procedimentales.

No obstante, conviene subrayar que la modificación operada en la Ordenanza Fiscal nº 35 se ajustó estrictamente a las pautas determinadas por los arts. 17 y 25 de la Ley.

En particular, ya se ha dejado expresado que el informe técnico-económico que motiva la modificación de la Ordenanza figura en el expediente. A su tenor, el sistema de cuantificación contenido en esa modificación atiende exclusivamente al valor de mercado derivado de la ocupación real y efectiva del dominio público local; este sistema está referenciado al subsuelo, que parte de precios medios obtenidos en el mercado de alquileres en los meses de enero y febrero de 2013 (inmediatamente anteriores al inicio de la tramitación), reducidos en un 50%. Se obtuvieron 1.460 muestras, de las que 930 se reputaron relevantes; se analizaron e investigaron los precios de mercado de la oferta inmobiliaria de locales en alquiler en el término municipal de Vigo, para determinar los precios medios por metro cuadrado y año para cada una de las seis categorías fiscales de calles, vigentes en el Concello de Vigo.

No existe infracción formal que conduzca a la estimación del recurso indirecto y al planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

CUARTO. - Del recurso indirecto por motivos sustantivos

En el PO 402/2015 tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de esta ciudad dilucidó idéntico *thema decidendi*, se bien con referencia a la liquidación girada con relación al primer semestre de 2014 a otra compañía operadora; y ante este Juzgado se siguió el PO 256/2015 respecto del segundo semestre.

La primera de las Sentencias dictadas fue confirmada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de septiembre pasado, por lo que evidentes razones de seguridad jurídica aconsejan atenerse a sus pronunciamientos, máxime teniendo en cuenta que ante una eventual cuestión de ilegalidad nos hallamos (que por dicho Tribunal habría de ser -como fue- juzgada) y que los motivos impetrados son los semejantes.

"La parte actora impugna indirectamente la Ordenanza municipal aplicada por ser contraria a la normativa comunitaria, en concreto su método de cuantificación, por no cumplir los requisitos necesarios para el establecimiento de un canon de este tipo, conforme a la Directiva 2002/20, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 13 establece la exigencia de que la imposición de gravámenes o cánones por instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, refleje la



necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Además, conforme a la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, solo cabe exigir las tasas a los titulares de derechos de instalación de recursos (no siendo admisible el gravamen por la utilización de redes ajenas), y ello cuando sea necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos, lo que la actora considera que se vulnera por la Ordenanza, ya que el único factor empleado en la misma que podría guardar relación con ese uso óptimo al que debería aspirar, como es la instalación de microceldas o dispositivos similares (cuya finalidad es optimizar el tráfico de llamadas en áreas de especial intensidad) es ponderado por el Concello de manera contraria a cómo debería. Es decir, no es un factor que el Concello, a pesar de que los técnicos lo elogian por su capacidad de optimización de la red de comunicaciones electrónicas, pondere positivamente (en términos de impacto sobre la cuota tributaria) sino que se erige en factor que el Concello "sanciona" mediante la elevación de la cuota a quienes instalan esas microceldas.

Este alegato, referido a la cuantificación de la tasa, ha de ponerse en relación con la alegación referida a la vulneración por la Ordenanza aplicada de la exigencia general de que el gravamen esté objetivamente justificado, justificación que debe provenir de la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos y que la actora considera que no concurre en este caso.

Hay que tener en cuenta a este respecto que la propia actora en su demanda aduce que solo cuando la tasa responde a parámetros que reflejen el valor real de lo gravado, en este caso la ocupación a la que da lugar el ejercicio de los derechos de instalación, se podrá entender objetivamente justificada. Y aunque afirma desconocer la documentación empleada por el Concello para justificar el establecimiento de un sistema como el previsto en la Ordenanza, considera que el valor tenido en cuenta no responde al valor de la ocupación real en tanto que emplea una serie de coeficientes amparados en el interés general que ninguna relación guardan con la ocupación efectiva. Concluye que el sistema de cuantificación debería estar referenciado al valor de la ocupación del subsuelo del dominio público, que es donde se asientan las redes, y si tal valoración resulta inefable, o no es susceptible de cuantificación, habría que llegar al valor real más próximo.

...La lectura de la dicción del artículo 4 de la Ordenanza municipal aplicada, puesto en relación con el informe técnico-económico (...) permite concluir que la cuantificación de la tasa atiende exclusivamente al valor de mercado derivado de la ocupación real y efectiva del dominio público local.

No es cierto, por tanto, que el sistema de cuantificación no gire alrededor de la cuantificación del valor de mercado de la ocupación del subsuelo, ya que se basa en un estudio técnico-económico que parte de precios medios obtenidos en el mercado del alquileres, que se reducen en un 50% al tratarse del subsuelo. La actora podrá discrepar de la forma empleada para hallar el valor de mercado de la ocupación del subsuelo, pero lo cierto es que el gravamen aplicado responde al cálculo de ese valor, y no a consideraciones ajenas al mismo. A este respecto se motiva en la contestación a la demanda que ese valor de mercado derivado de la ocupación real y efectiva del dominio público local se deriva del examen de 1460 muestras,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

de las que 930 se consideran relevantes, basándose en un estudio de mercado realizado entre enero y febrero de 2013, cuyos resultados constan en el Anexo I del expediente de modificación de la Ordenanza Fiscal. Se toma en consideración además un parámetro objetivo en la tarea de cuantificación del valor de mercado de la ocupación, al distinguir las distintas categorías fiscales asignadas a las calles, conforme a una clasificación objetiva contenida en un anexo de la Ordenanza Fiscal, que no ha sido objeto de impugnación específica, limitándose la actora a cuestionar el método empleado para negar que se corresponda con el cálculo del valor de mercado de la ocupación, pero sin aportar una prueba pericial que permita llegar a conclusiones distintas sobre ese valor de mercado, que es el calculado por el Concello y el que sirve de base para la aplicación de las tarifas.

La consideración ajena al valor de mercado de esa ocupación real y efectiva del dominio público local con redes propias, basada en la referencia al "interés general", se introduce a los efectos de reducir el valor de mercado de esa ocupación efectiva, por lo que lejos de perjudicar a la actora, la beneficia, en cuanto se reduce ese valor de mercado de la ocupación del subsuelo en atención al interés general insito en la actividad de telecomunicaciones. Lo que sucede es que se aplican coeficientes reductores distintos en función de la zona de la ciudad, esto es, en función de que se encuentren más o menos alejadas del centro de la ciudad, lo cual guarda relación también con el valor de mercado de la ocupación, de mayor entidad en las zonas más próximas al centro, así como con la mayor escasez del dominio público local en las zonas centrales de la ciudad, con lo cual viene también a responder al principio de utilización óptima de los recursos. Y en cualquier caso, esa ponderación del interés general lo que hace es reducir el valor de mercado que se va a tener en cuenta en el cálculo del gravamen, con lo cual se viene a dar cumplimiento al tratamiento preferencial que se deriva de la Directiva comunitaria para los servicios de telecomunicaciones en relación con otros servicios, que no se benefician de esta reducción, y se da cumplimiento al mismo tiempo al principio de proporcionalidad, cuya vulneración también ha denunciado la actora.

En cuanto a los coeficientes previstos en el apartado 4.3 de la Ordenanza, derivados de la cantidad de elementos tales como microceldas, antenas, repetidores u otros elementos similares instalados en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, que ocupen suelo o vuelo sobre dominio público, no se aprecia que impliquen contravención de la Directiva comunitaria, por cuanto estos elementos, tal y como se señala por la Administración municipal, ocupan dominio público e interfieren con otros servicios. Y el carácter mínimo de la ocupación que comportan se ve adecuadamente reflejado en la ponderación con que se valoran, ya que su tributación se reduce respecto a lo que sería la pura aplicación del valor de mercado de la ocupación real y efectiva, por cuanto hasta 100 elementos que en 100 puntos ocupen dominio público, se incrementa solo un 5% la cuota obtenida después de haber aplicado coeficientes reductores -en atención al interés general de la actividad de telecomunicaciones- que oscilan entre el 60% y el 90%, por lo que no se puede entender que se atente al uso óptimo de los recursos, ya que el gravamen de la ocupación con estos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

elementos de optimización de la red en realidad queda por debajo de la cuantificación del valor real de la ocupación de dominio público que comportan.

...No hay indicios de que el importe de la tasa disuada a la actora o a otros operadores titulares de redes de operar en el mercado, y porque sí queda justificada la necesidad de la tasa para garantizar el uso óptimo de los recursos, debiéndose tener en cuenta a este respecto que la actora ocupa con redes propias un dominio público local que, como se señala en la contestación a la demanda, ha sido históricamente financiado por generaciones anteriores (mediante expropiaciones, cesiones gratuitas, urbanizaciones...) que constituye un recurso escaso que se ve limitado en su uso o aprovechamiento por las instalaciones de la actora (redes, celdas, microceldas, antenas, arquetas, etc.) que ocupan suelo, subsuelo o vuelo municipal, de tal forma que la ocupación que realiza la actora con redes y elementos propios impide la utilización por terceros del mismo espacio, de cuya configuración derivada por aportaciones de terceros la actora se aprovecha para su negocio lucrativo.

Por tanto, es necesario, para optimizar ese uso o aprovechamiento que impide utilidades alternativas en el espacio ocupado, también necesarias para atender a otros servicios básicos y de interés general (abastecimiento de agua, alcantarillado, saneamiento, alumbrado, redes semafóricas) aplicar una tasa que lo grave; y no se puede considerar vulnerado el principio de proporcionalidad cuando la fórmula de cuantificación parte de la base de un estudio del valor de mercado de la ocupación (en atención a un estudio de mercado de alquileres de locales y confeccionado en función de parámetros objetivos) no desvirtuado en su corrección por prueba en contrario, y cuando se otorga a operadoras como la actora un tratamiento privilegiado y más beneficioso que el dispensado a otras ocupaciones del dominio público local, al aplicar coeficientes reductores en atención al interés general de la actividad desarrollada con esa ocupación del dominio público local y cuando ni siquiera la aplicación de coeficientes derivados del número de elementos instalados como la microceldas se ha demostrado que pueda absorber esa reducción del valor de mercado, ya que supone un incremento porcentual asociado a la implantación de un conjunto de elementos muy inferior a la reducción del valor de mercado aplicada en atención al interés general de la actividad desarrollada con la ocupación del dominio público local objeto de gravamen.

...El gravamen se fija en función de la aplicación de tarifas según la categoría fiscal de la calle señalada en la Anexo de la Ordenanza Fiscal del Concello donde radique el aprovechamiento especial o utilización privativa, y en atención a los metros lineales de ocupación, esto es, factores relativos a la valoración de mercado de la utilidad derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, cuantificada en función del valor de mercado que tendría esa utilidad si los bienes afectados no fuesen de dominio público, que es lo que ordena el artículo 24.1 a) del TRLHL.

Aunque la parte actora aduce que no se justifica que el valor del m² asignado a cada categoría de calle se corresponda con el valor real de mercado, la justificación de que la estructura tarifaria sí se corresponde con ese valor se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

desprende del informe técnico-económico elaborado para la modificación de la Ordenanza -una copia del cual se aporta con la contestación a la demanda- donde se explica pormenorizadamente la metodología empleada para llegar al valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal, a partir del estudio de precios medios de alquiler, con la toma de muestras, localización de la oferta, contacto con inmobiliarias y particulares y la determinación de las muestras válidas, todo ello como base para el cálculo de valores medios, clasificando las muestras por categoría de calles, calculando el valor m^2 del local/mes y del local/año y los valores medios para cada categoría fiscal.

Todo ello para culminar en un cuadro resumen con el número de muestras obtenidas para cada categoría fiscal, el nº de muestras consideradas válidas para cada categoría fiscal y el precio medio $m^2/año$ por cada categoría fiscal. Y a partir de esos datos, se determinan las tarifas, con el objetivo, según se dice en el informe técnico-económico, de establecer una tasa no discriminatoria, justificada objetivamente y proporcional al uso, mencionando factores que incrementarían esos valores de referencia (por comportar la inutilización de una cantidad mayor de subsuelo a la ocupada, debido a las interferencias que provoca en las demás utilizaciones y por la existencia de arquetas o tapas de acceso a conducciones soterradas que se colocan en las aceras y que interfieren el uso común general de este bien de dominio público).

Ante la dificultad de valorar económicamente estas interferencias en el uso del dominio público, que relevan una intensidad de utilización por encima de la superficie estrictamente ocupada con la red de telecomunicaciones -externalidades negativas- no se introduce ningún factor corrector específico de incremento del valor de mercado de la ocupación. Antes al contrario, sí se introduce un importante factor de reducción -del 50% sobre los precios medios del alquiler- en atención al hecho de que la ocupación gravada se encuentra mayoritariamente en el subsuelo, careciendo estas instalaciones de las características de "local".

A partir de estos valores, se aplican en la Ordenanza coeficientes reductores -por interés general- y de incremento en función del número de elementos instalados.

En consecuencia, no se puede decir que no se expliciten en el informe técnico-económico los criterios tenidos en cuenta para calcular el valor real de mercado de la ocupación del dominio público, y en consecuencia no se puede acoger el alegato de la demanda relativo a la ausencia de justificación de que el valor del m^2 asignado a cada categoría de calle se corresponda con el valor real de mercado. Existe esa justificación en un informe técnico-económico, en el que se explica la metodología de cálculo aplicada, cuya corrección no se ha desvirtuado por ninguna prueba pericial en contrario, no bastando la mera expresión de una discrepancia de carácter genérico con la justificación ofrecida por el Concello.

Destaca el artículo 20.1 TRLRHL que "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 (...)", que es la forma tributaria elegida, siendo evidente la ocupación del dominio público local por las instalaciones de la demandante y la habilitación legal, en los términos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

expresados, para el establecimiento del tributo de referencia. Y ello es compatible con los términos del artículo 13 de la Directiva en cuanto regula la autorización de "... imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública... o por encima o por debajo de la misma", sin que la referencia a "...que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos" desnaturalice que la imposición del canon, en términos del precepto citado, lo es por la instalación de los recursos en una propiedad pública.

En cuanto al segundo aspecto de esta cuestión, tanto en lo que se refiere a la cuantificación, como a la justificación objetiva y proporcionalidad, la cuestión en este momento debe entenderse resuelta por la STS de 8 de junio de 2016 (recurso 1869/2015), dictada en sede de recurso interpuesto contra la sentencia del año 2015 del TSJ de Madrid.

Criterio, el anterior, que (...) nos lleva a concluir la improcedencia de considerar contraria la norma impugnada al artículo 13 de la Directiva Autorización y, por ello, a conceptuar innecesario el planteamiento de cuestión de prejudicialidad y, añadidamente, a rechazar la invocación que se hace, con cita de las sentencias revocadas, a la infracción de los principios de objetividad y proporcionalidad. La sentencia apelada (...) resolvió adecuadamente sobre dichas cuestiones pues en definitiva, la objetividad se predica en relación con valores, cuya inadecuación no ha sido acreditada en cuanto toman en consideración las categorías de las calles, lo que es expresión de la referencia al "valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público" (artículo 24.1, a) TRLRHL), sin que quepa acoger en el momento actual la reserva sobre la regulación en cuanto a la ocupación de subsuelo en zonas de parques y jardines, por los términos ya expuestos en la STS acotada. En fin, tampoco existen elementos que pongan de manifiesto la finalidad disuasoria que se denuncia en relación con la norma impugnada, debiendo aplicarse al caso que nos ocupa los criterios expuestos por el Tribunal Supremo en relación con el uso de microceldas y otros elementos de tecnología avanzada, ratificando en este punto y por ello los criterios de la sentencia apelada.

Como cuestiones particulares que hacen al caso ahora enjuiciado, y partiendo de la base de la aplicación de los expuestos argumentos a la resolución del litigio, conviene precisar, de un lado, que el método de cálculo utilizado por el Concello de Vigo podrá no ser compartido, en cuanto susceptible de confrontación con soluciones alternativas, pero no tachado de arbitrario, irracional, absurdo o meramente aleatorio. Impetrar la creación de una "comisión de expertos" para trazar un método objetivo *ad hoc* no deja de constituir una opción en aquellos supuestos en que la Administración correspondiente colija que carece de los recursos personales, técnicos y materiales necesarios para obtener el resultado pretendido.

La determinación del valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público local no puede efectuarse en términos matemáticos, absolutamente preciso; solo es posible efectuarla en términos estimativos o ponderativos.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Por otra parte, es conveniente subrayar que, en el caso de la demandante, no se produce ninguna dualidad impositiva derivada de la aplicación de la tasa regulada en la Ordenanza nº 30, aplicable a la telefonía fija, porque en el seno del PO 360/2015 ya se declaró por este órgano judicial en Sentencia del 23 de noviembre pasado que las liquidaciones practicadas no eran conformes al ordenamiento jurídico.

En el asunto ahora analizado, se trata de una tasa aplicada a la telefonía móvil, de la que es sujeto pasivo la actora en cuanto propietaria de más de treinta y dos mil metros lineales de redes de comunicación de esas características en Vigo.

Por último, procede referirse al Auto dictado por el Tribunal Supremo el 12 de julio de 2016, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la propia entidad aquí demandante en relación con la Sentencia de 20 de mayo de 2016. La doctrina establecida estriba en que el TRLHL no impone un determinado método para el cálculo del importe de la tasa, por lo que las Corporaciones locales pueden establecer diferentes fórmulas siempre que se respetaran dos clases de límites: los derivados de los artículos 24 y 25 de dicho Texto Refundido, y los procedentes del Derecho europeo. Y, en el supuesto examinado, la normativa contenida en la Ordenanza del Concello de Vigo se ajusta a tales parámetros.

El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE resulta obligada cuando no puede aplicarse la doctrina del "acto claro" o del "acto aclarado". Pero, como expone la Sala del Tribunal Supremo, la doctrina de la STJU de 12 de julio de 2012 convierte en "acto aclarado" decidir sobre la cuestión suscitada: la adecuación o no a Derecho del método de cálculo de la tasa empleado por la Ordenanza impugnada; esto es, si se cumplen los principios de transparencia, objetividad o justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación.

En su examen se detuvo la Sentencia del TSJ Galicia de 21 de septiembre de 2016, alcanzando la conclusión de que esos parámetros se respetan en la Ordenanza, y que se resumen en:

-Objetividad: la cuantía de la tasa no gira en torno a la cifra de negocios de la empresa o los ingresos que obtiene, sino en función de un valor de mercado correspondiente al subsuelo por el que discurre la canalización.

-Proporcionalidad: la cuantía de la tasa se relaciona con la utilización del dominio público municipal por parte de la operadora, tras el análisis y cuantificación del valor de mercado de la ocupación, con aplicación de coeficientes reductores.



-No discriminación: la tasa se aplica en función de los metros lineales de red. Este principio 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. Supuesto que no acontece en la Ordenanza reguladora.

-Uso óptimo. Como se razona en la STS de 20.5.2016, a los efectos del aprovechamiento o beneficios derivados de la ocupación de la vía pública para la prestación del servicio de telefonía de que se trata, no resulta relevante la calificación urbanística del suelo que se ocupa. Y es que, para los servicios de comunicaciones móviles, la mayor utilidad consiste en poder desplegar por el subsuelo de las vías públicas municipales el cable o fibra óptica que permita conectar sus distintos elementos de red de modo que resulten aptos para prestar los citados servicios de comunicaciones. La utilidad derivada del uso de los recursos cedidos no resulta ajena al beneficio o rentabilidad que obtiene el titular del derecho de ocupación, ya que existe una íntima vinculación entre el beneficio económico y el valor de la utilidad que debe reflejar el gravamen.

Por lo expuesto, procede la desestimación de la demanda.

QUINTO. - *De las costas procesales*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139 LJCA, en la redacción vigente en la época de interposición del recurso, no se estima procedente hacer expresa imposición de las costas causadas, al no hallarse méritos para ello, habida cuenta la existencia de dudas de derecho suficientes que justificaban la interposición del recurso.

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

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa "ORANGE ESPAGNE S.A.U." frente el CONCELLO DE VIGO, seguido como PROCESO ORDINARIO número 361/2015 ante este Juzgado, tanto contra la resolución plasmada en el encabezamiento de esta sentencia, que se declara conforme al ordenamiento jurídico, como en impugnación indirecta de la modificación de la Ordenanza examinada; sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que, dada su cuantía, no es firme y que contra la misma cabe interponer Recurso de apelación, ante este Juzgado, para la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación. Para la admisión del recurso, será preciso



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que el apelante ingrese la suma de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración municipal).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-

SECRETARÍA JUDICIAL
Que se acordó al dictar
por y con el Sr. Juez
relativo
Vigo, a 30 Mayo de 2019.

