

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sevilla**

Núm. 7.855/2013

Se hace saber que en el Recurso Contencioso-Administrativo número 920/2009, promovido por Vodafone España, contra Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, en el término municipal de Montoro BOP número 227 de 3/12/2009, se ha dictado por Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de Sevilla sentencia en 31 de enero 2013, que ha alcanzado el carácter de firme y cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

Sentencia

Recurso Nº 920/2009

Ilustrísimos señores:

Presidente: D. Victoriano Valpuesta Bermúdez.

Magistrados: D. Pablo Vargas Cabrera y D. Juan María Jiménez Jiménez.

En la ciudad de Sevilla, a 31 de enero de 2013.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el recurso número 920/2009, en el que son parte, de una como recurrente, Vodafone España, S.A. (antes Airtel Móvil, S.A.) representada por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Hebrero Cuevas y defendida por el Letrado D. Javier Gutiérrez Viloria; y por la parte demandada, el Excmo Ayuntamiento de Montoro (Córdoba), representado por el Procurador de los Tribunales D. José M^a Gragera Murillo y defendido por el Letrado D. Javier Gonzalo Migueláñez, en relación a impugnación de Ordenanza municipal.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Pablo Vargas Cabrera, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de Hecho

Primero. Por la referida representación se presentó escrito interponiendo Recurso Contencioso-Administrativo contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro de interés general, aprobada provisionalmente por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Montoro (Córdoba) de 30 de noviembre de 2009 (BOP de Córdoba número 227, de 3 de diciembre 2009), registrándose el recurso con el número 920/2009, y de cuantía indeterminada.

Segundo. Teniendo por interpuesto el recurso, se acordó su tramitación conforme a las normas establecidas para el procedimiento en primera o única instancia en el Capítulo I del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido solicitando la nulidad de la Ordenanza Fiscal impugnada.

Tercero. Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que desestimase la impugnación interpuesta.

Cuarto. Recibido el recurso a prueba, y practicadas las propuestas que fueron admitidas, se dio ocasión a las partes para que formularan sus conclusiones, quedando a continuación las actuaciones conclusas para sentencia. En tal situación se acordó la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se resolvieran las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la posible incompatibilidad de las Ordenanzas aprobadas por determinados municipios relativas a la tasa por ocupación o aprovechamiento especial del suelo, vuelo y subsuelo con el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo del 2002.

Quinto. En la tramitación de la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales por acumulación de asuntos ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer, en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se recurre la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro de interés general, aprobada provisionalmente por acuerdo plenario del Ayuntamiento Montoro (Córdoba) de 30 de noviembre de 2009 (BOP de Córdoba número 227, de 3 de diciembre 2009).

Se alegan en la demanda diversas infracciones del Derecho Interno: Una de carácter formal, como la vulneración del artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, en relación con el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haberse incumplido la obligación de exposición pública del texto de la Ordenanza Fiscal por un periodo de treinta días hábiles en el tablón de edictos del Ayuntamiento.

También se alegan infracciones de carácter sustantivo: En primer lugar, que el artículo 24 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, establece dos tipos de tasas: Una tasa general en el apartado 1.a) por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público; y una tasa especial en el apartado 1.c) 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 de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas, dándose al caso una la infracción de la doctrina legal del Tribunal Supremo fijada en sus sentencias de 18 de junio y 16 de julio de 2007 que implica la exclusión de las compañías de telefonía móvil de la tasa regulada en el artículo 24.1.a) del TRLHL. En segundo lugar, que la Ordenanza considera que los operadores de telefonía móvil realizan el hecho imponible de la tasa tanto en relación con las redes e infraestructuras de su propiedad que ocupan dominio público local (circunstancia que la recurrente no discute en absoluto en la medida en que exista tal ocupación), como en relación con las redes ajenas, propiedad de otros operadores. En tercer lugar, se alega que infringe el principio constitucional de capacidad económica proclamado en el artículo 31.1 de la C.E., así como los principios constitucionales conexos (doble imposición, igualdad, interdicción de la confiscatorie-

dad y de la arbitrariedad de los poderes públicos). En cuarto lugar, se impugna la fórmula de cuantificación de la tasa contenida en el artículo 5 por diversos motivos: A) Porque supone una aplicación encubierta del régimen especial previsto en el artículo 24.1.c) del TRLHL, del cual están excluidas expresamente las operadoras de telefonía móvil. B) Porque vulnera el artículo 24.1.a) del TRLHL al no respetar el valor de mercado que opera como límite cuantitativo de la tasa, en tanto que utiliza indebidamente una fórmula de cuantificación prevista para supuestos de uso especialmente intenso del dominio público local, lo que no se da en el caso de las operadoras de telefonía móvil, y desvincula la base imponible del hecho imponible, del que prescinde. C) Porque el Informe Técnico Económico no justifica que la tasa se adecua al valor de mercado, sino en exclusiva atención a motivos meramente recaudatorios. Y D) Porque el método de cálculo se basa en determinadas asunciones y extrapolaciones de datos obtenidos a nivel nacional, correspondiéndose a un sistema de estimación indirecta, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 24.1.a) del TRLHL y los artículos 50 y 53 de la Ley General Tributaria. Por último, se impugna el sistema de declaración e ingreso de la tasa establecido en el artículo 8 de la Ordenanza, que infringe el artículo 3 de la L.G.T. así como el artículo 120 de este mismo texto legal al exigir a los operadores la presentación de autoliquidaciones trimestrales para proceder al ingreso de la deuda tributaria cuando su cuantía está ya determinada en la propia Ordenanza.

Se alega, por último, en la demanda diversas infracciones del Derecho Comunitario por cuanto impone a los operadores de telefonía móvil una tasa con independencia de que ocupen o no dominio público local, en vez de a los titulares de las redes, por ser los únicos que realizan esa ocupación efectiva; tampoco responde al uso óptimo de las redes de telecomunicaciones, finalidad u objetivo que exige expresamente el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo del 2002; y, por último, infringe los principios de transparencia, prohibición de discriminación, justificación y proporcionalidad.

Segundo. El primer motivo impugnatorio de carácter formal aducido por la recurrente ha de ser apreciado, toda vez que no existe en el expediente certificado que acredite suficientemente que la aprobación provisional de la Ordenanza fue expuesta en el tablón de anuncios municipal durante treinta días hábiles antes de su aprobación definitiva. Examinado el expediente administrativo no consta certificación alguna del Secretario del Ayuntamiento explicativa del tiempo en que el anuncio de aprobación provisional de la Ordenanza Fiscal hubiera estado expuesto en el tablón de anuncios, y, requerido en el periodo probatorio a instancias de la entidad demandante el mismo Ayuntamiento para que emitiera dicha certificación, la respuesta se limita a afirmar (folio 63 del complemento de expediente) "que según antecedentes obrantes en esta Secretaría de mi cargo, consta que durante el plazo de exposición al público en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la provincia número 187 de fecha 6 de octubre de 2009, del Acuerdo de Imposición y aprobación inicial de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de telefonía móvil se han presentado las siguientes alegaciones". Estas alegaciones de la entidad REDTEL hacen referencia solo y exclusivamente al conocimiento de la Ordenanza por el BOP.

Al respecto, se ha de reproducir lo dicho ya por esta misma Sección, entre otras en sentencia de 4 de junio de 2010 (rec. 143/2009): "El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de abril de

2010 fija los efectos de esta carencia: "(...) Pues bien, el artículo 17.1 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales dispone que «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». Esta previsión, según hemos interpretado (sentencias de 1 de julio de 1991 (apelación 4612/90, FJ 2º); 12 de marzo de 1998 (apelación 3161/92, FJ 3º); 11 de junio de 2001 (casación 2810/96, FJ 4º); 2 de marzo de 2002 (casación 8765/96, FJ 4º); 22 de junio de 2004 (casación 2384/99, FJ 11º); 27 de junio de 2006 (casación 3124/01, FJ 5º); 5 de febrero de 2009 (casación 5607/05, FJ 3º); y 8 de mayo de 2009 (casación 6637/05, FJ 4º)), incorpora una exigencia de publicidad de cumplimiento reglado, cuya inobservancia acarrea la nulidad del texto aprobado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 y en los artículos 5 a 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. No constituye un mero requisito formal susceptible de subsanación, sino de un condicionamiento irrenunciable para la legitimidad de la norma, añadido a la divulgación en los correspondientes periódicos oficiales, ya que, tratándose de disposiciones que inciden en el patrimonio jurídico de los administrados, han de tener la posibilidad de alcanzar un cabal conocimiento de su contenido mediante la irrenunciable publicidad, dándoles, además, audiencia en el procedimiento seguido para elaborarlas (artículos 9.3 y 105.a. de la Constitución), trámite esencial en la formación de la voluntad administrativa a fin de garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la opción elegida. El artículo 17.1 citado no deja lugar a dudas sobre el alcance de la obligación: la exposición al público ha de extenderse, «como mínimo», durante treinta días, cuyo cómputo se ha de hacer contando sólo los hábiles y, por ende, con exclusión de los domingos y festivos, por así disponerlo el artículo 48.1 de la Ley 30/1992 (véase sobre este particular las sentencias de 2 de febrero de 2005 (casación 1043/00, FJ 5º) y 5 de febrero de 2009, ya citada, FJ 3º). Resultando que, según certificó el Secretario consistorial, la aprobación provisional de la Ordenanza litigiosa estuvo expuesta al público en el tablón de anuncios de la entidad local por tiempo inferior (entre el 9 de noviembre y el 10 de diciembre de 2007), el desenlace no puede ser otro que su nulidad. Así lo hemos de declarar en esta sentencia, estimando en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto por France Telecom España, S.A. (...)"

En conclusión, la falta de una certificación del Secretario acreditativa de la publicación en legal forma en el tablón de anuncios supone también la nulidad de la Ordenanza aquí impugnada pues impide comprobar si ha transcurrido el plazo de treinta días hábiles exigidos por el artículo 17.1 TRLHL en relación con el 48.1 de la Ley 30/92, circunstancia que debe determinar la nulidad de la disposición de carácter general objeto del presente recurso; lo que hace innecesario resolver el resto de los motivos de impugnación, debiéndose publicar el fallo de esta sentencia (ex artículo 72.2 LJCA), en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

Se impone, pues, la estimación del recurso sin necesidad de agotar otras consideraciones; debiéndose publicar el fallo de esta sentencia (ex artículo 72.2 L.J.C.A.) en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

Tercero. No se aprecian méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

Fallamos

Estimar el presente Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Hebrero Cuevas en representación de Vodafone España, S.A. (antes Airtel Móvil, S.A.) contra la Tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, aprobada por acuerdo plenario del Excmo. Ayuntamiento de Montoro (Córdoba) de 30 de noviembre de 2009 (BOP de Córdoba número 227, de 3 de diciembre 2009), que declaramos nula, ordenando la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba del fallo de esta

sentencia una vez adquiera la misma firmeza. Sin costas.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe preparar el recurso de casación ante esta Sala en el plazo de los diez días siguientes a su notificación, debiendo acompañar al escrito de preparación del recurso, para su admisión a trámite, justificante de haber ingresado en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de esta Sección la cantidad de cincuenta euros.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), se hace público para general conocimiento.

En Sevilla, a 2 de septiembre de 2013. El/La Secretario Judicial, firma ilegible.