

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :27/07/17
M/ REF.: 7656
LETRADO:AMADO MARTINEZ RUIZ
FINE PLAZO:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

RECURSO ORDINARIO (LEY 1998) 154/2015

Partes: ORANGE ESPAGNE, S.A.U. C/ AJUNTAMENT DE TERRASSA

S E N T E N C I A N º 536

Ilmos. Sres.:

MAGISTRADOS

D.ª NÚRIA CLÈRIES NERÍN

D. RAMON GOMIS MASQUÉ

D. JOSÉ LUÍS GÓMEZ RUIZ

En la ciudad de Barcelona, a treinta de junio de dos mil diecisiete.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo núm. 154/2015 interpuesto por ORANGE ESPAGNE, S.A.U., representada por la Procuradora Dña. MARÍA CARMEN FUENTES MILLAN, contra el AJUNTAMENT DE TERRASSA, representado por la Procuradora Dña. CARMEN RIBAS BUYO.

Ha sido ponente la Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMON GOMIS MASQUÉ, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la indicada Causídica, actuando en nombre y representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la Ordenanza Fiscal nº 3.39 del Ayuntamiento de Terrassa reguladora de la tasa por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona del 31 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, y continuado el proceso su curso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

TERCERO: En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La representación procesal de Orange Espagne S.A.U. impugna en el presente procedimiento el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Terrassa, de 30 de octubre de 2014, publicado en el BOP de Barcelona de 31 de diciembre de 2014, por el que se aprueba la ordenanza fiscal numero 3.39 reguladora de la “Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil”, pretendiendo el dictado de una sentencia estimatoria que anule la Ordenanza impugnada.

SEGUNDO: Sostiene la actora en defensa de su pretensión, que concurren diversas infracciones del ordenamiento jurídico vigente, como consecuencia de la incorrecta fijación de la fórmula de determinación y cuantificación del importe de la tasa. En su extenso escrito de demanda, además de exponer los antecedentes, evolución y finalidad de la normativa comunitaria, en orden a la armonización de las

legislaciones que afectan al mercado del sector de las telecomunicaciones, así como de la normativa española reguladora de las Haciendas Locales y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo (TS) reflejada en las sentencias que cita, manifiesta en muy resumida síntesis, su disconformidad con los criterios, parámetros y metodología del informe técnico económico de la Ordenanza a partir de los cuales se fija la cuantía de la tasa en relación a las compañías prestadoras de servicios de telefonía móviles, al emplear criterios arbitrarios, erróneos y desproporcionados para la cuantificación de la tasa.

En este sentido, arguye que el método de cuantificación del informe técnico económico se basa en el valor catastral del suelo urbano del término municipal, lo que no resulta adecuado, ya que el valor catastral está referido al valor de mercado de los terrenos que tienen un aprovechamiento lucrativo, residencial, comercial, industrial, etc, mientras que las redes de telefonía discurren por el subsuelo destinado a viario público, al que el mercado no atribuye valor lucrativo alguno y cuyo aprovechamiento urbanístico es nulo, por lo que su valor es muy inferior al de aquel, de manera que lo que resulta razonable es partir del Módulo Básico de Repercusión de Suelo a que se refiere el R. D. 1020/1993 e identificar el valor del suelo con el atribuido por la Ponencias de Valores Catastrales al uso de las zonas verdes. Añade que la utilización privativa o aprovechamiento especial llevado a cabo para las prestaciones de servicios de telefonía móvil se localiza además en el subsuelo o vuelo, siendo estos aprovechamientos de valor inferior al que el mercado atribuye a la superficie del suelo.

Alega que la cuantificación de la tasa no se encuentra debidamente motivada, y no se ajusta al valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización del dominio público local. Sostiene que el informe técnico económico no justifica la idoneidad del valor catastral como elemento determinante de la base imponible de la tasa controvertida y que se trata de un parámetro que choca con la efectiva ocupación del dominio público local por parte de los operadores de telefonía móvil y con los requisitos de proporcionalidad y objetividad impuestos por la normativa comunitaria, invocando la sentencia núm. 892/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró la nulidad de análoga Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, que establecía parámetros similares a la recurrida en el presente recurso, la cual transcribe ampliamente. Aduce que para la cuantificación de la tasa se confunde la utilidad con un arrendamiento y tampoco se tiene en cuenta que la utilización privativa es el caso no es un derecho vitalicio, sino temporal, por lo que debería aplicarse el criterio valorativo previsto en el art. 48.1 del R.D. 828/1995, y que resulta

desproporcionado el gravamen como si se hiciera un uso intenso del dominio público local, teniendo en cuenta que la telefonía móvil hace uso solo puntual y ocasionalmente de las redes que discurren por dicho dominio, valiéndose fundamentalmente del espacio público radioeléctrico. Por último, alega la infracción de los principios de transparencia y de las obligaciones de publicidad e información impuestas por la Directiva 2002/20/CE, al no publicar el resumen anual de gastos que justifiquen la imposición de la tasa y el importe total recaudado, y no verificar si la exigencia de la tasa está justificada y respeta el principio de proporcionalidad

Frente a lo anterior, el Ayuntamiento se opone a la demanda, al entender que la Ordenanza no grava a las operadoras que no dispongan de red propia, de acuerdo con la Sentencia del TJUE, sino que se grava a las operadoras de telefonía móvil que disponen de red propia; que se ajusta a la jurisprudencia del TS en la materia, y que el informe técnico económico se justifica debidamente el valor de mercado de la utilidad y la cuantificación de la tasa.

TERCERO: De inicio y dado que la parte recurrente ofrece un sistema de cuantificación alternativo al de la disposición impugnada, no está de más recordar que el objeto de este procedimiento se ciñe a determinar si la disposición general impugnada es o no conforme a derecho y, en caso, de no serlo conforme, anular los preceptos contrarios a derecho, sin que le corresponda dar nueva redacción a los mismos.

Como no desconocen las partes, en relación con las Ordenanzas reguladoras de la tasa impugnada respecto a la telefonía móvil, el punto de partida ha de ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 12 de julio de 2012 por la que se resolvieron las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo, así como las dictadas al respecto por este último, la primera en fecha 10 octubre de 2012, en el recurso 4307/2009 cuya doctrina mantiene y reproduce con posterioridad en otros muchos recursos, a todas las cuales nos remitimos, sin que sea necesaria una transcripción de su fundamentación.

Así, expuestas sucintamente las posiciones de las partes, la cuantificación de las tasas por uso privativo del dominio público local debe realizarse de acuerdo con el art. 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 5 de marzo de 2004.

Este precepto establece, en primer lugar, una regla general que permite tomar como

referencia el valor que tendrá en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

Por otra parte, se remite al desarrollo reglamentario por las ordenanzas fiscales a través de las cuales 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 dicho valor de mercado.

Ahora bien, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, (por todas la Sentencia de 28 de enero de 2016, rec. casación núm. 2632/2014), la ambigüedad del legislador a la hora de cuantificar la tasa por uso del dominio público se salva con la previsión que establece también el legislador en el art. 25 del referido Texto Refundido, al obligar a que el ente local no acuerde una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público sin elaborar un informe técnico en el que se ponga de manifiesto el valor de mercado.

La conclusión que se impone, alcanzada de forma constante por la jurisprudencia, es la que la tasa debe adoptarse a la vista del informe técnico-económico, con el que debe guardar la imprescindible coherencia, debiendo aquél poner de manifiesto el valor de mercado. La cuantificación de la tasa, por tanto, es una materia que escapa a la discrecionalidad administrativa, y cuya determinación se hace girar en función de la utilidad o aprovechamiento a obtener, por lo que resulta evidente que los factores y parámetros a tener en cuenta y valorar serán aquellos vinculados a dicha utilidad o aprovechamiento.

Ciertamente, razona el TS, las circunstancias singulares de cada municipio puede dificultar el respeto al principio de equivalencia, pero como se ha dicho en otras ocasiones no se exige un respecto absoluto al principio de equivalencia, pues "los requisitos expuestos son un «desideratum», y que en ciertos aspectos será obligado admitir ciertas aproximaciones, sin base estadística suficiente, pero, en todo caso, exhorta sobre la necesidad ineludible de huir de la arbitrariedad y de evitar la indefensión de los contribuyentes, que son frecuentemente la parte débil e indefensa de la relación jurídico-tributaria." Por tanto, las dificultades de toda índole que conlleva fijar el valor de mercado que tendría la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento de los bienes de dominio público, que por su naturaleza están excluidos del mercado, no pueden suponer excusa alguna para eludir la garantía que supone el informe técnico-económico.

En definitiva, lo que viene exigiendo la jurisprudencia es que el informe técnico-económico o memoria financiera se constituye en instrumento imprescindible que servirá para justificar el establecimiento de la tasa, y en medio adecuado, en lo que ahora nos interesa, para justificar las cuantías propuestas, bajo el parámetro del principio de equivalencia, en referencia al valor que en el mercado tendría la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento si no fueran los bienes de dominio público, que simplificando, se correspondería con su eventual precio de arrendamiento, como ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 11 de diciembre de 2014 (rec. núm. 443/2014).

Junto con lo anterior, no cabe desconocer la extrema dificultad en la cuantificación de la tasa, como igualmente ha reiterado el TS, en tanto se está exigiendo por el legislador que se concrete un valor de mercado de una utilidad que no tiene mercado, aunque con referencia al mercado existente respecto de los mismos bienes que no sean de dominio público, lo que indirectamente hace factible una discrecionalidad amplísima en la elección del método o modelo a seguir, al menos sí ha de exigirse que los elementos, datos y criterios utilizados sean objetivos y adecuados y de los mismos puedan derivarse razonablemente que el fijado sea "el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público", pues siendo discrecional la elección del método de determinación, dado que el valor de mercado de la utilidad es un concepto jurídico indeterminado, sólo puede ser uno, que ha de ser el resultado derivado de dichos elementos, datos y criterios utilizados, lo que exige que estos sean adecuados a dicho fin, y le corresponde al municipio, normalmente a través del informe técnico-jurídico acreditar dicha idoneidad y suficiencia.

CUARTO: Aunque se pretende la declaración de nulidad de la Ordenanza, los motivos de impugnación se ciñen a la cuantificación de la tasa, regulada en el artículo 7 de la Ordenanza impugnada, que dispone lo siguiente:

<< Article 7è. Base imposable i Quota tributària

La base imposable de la taxa està constituïda pel valor de la utilitat derivada de la ocupació del domini públic local duta a terme per part de les empreses explotadores dels serveis de telefonia.

Per al càlcul de la quota tributària de la taxa s'utilitzarà la següent fórmula:

$QT=LXT*S*CPTM*VMS*CR$

On

LXT: és la longitud de la xarxa de telecomunicacions de cada obligat tributari, determinada en metres lineals.

S: és l'amplada mitja per metre lineal, utilitzada per la instal·lació de xarxes de telecomunicacions a la ciutat de Terrassa (que és de 0,60 m).

CPTM: és el coeficient de ponderació dels serveis de telefonia mòbil que cada obligat tributari presta mitjançant aquesta xarxa, respecte la totalitat dels seus serveis. Aquest percentatge es determina, per a cada obligat tributari, en funció del nombre de línies de telefonia fixa i mòbil del seus abonats amb domicili al municipi de Terrassa.

VMS: és el valor de mercat del sòl per metre quadrat. Aquest valor és el resultat de multiplicar el valor cadastral mig del sòl/ m2 del municipi de Terrassa (118,82 EUR) pel coeficient de comprovació assignat a aquesta municipi a efectes de l'impost sobre transmissions patrimonials i l'impost sobre successions i donacions (1,8).

CR: és el coeficient que posa en relació el preu en venda per m2 dels béns immobles d'usos comercial i industrial a Terrassa, amb el preu mig de lloguer d'aquest tipus d'immobles, i pel qual s'obté la utilitat derivada (11,67%).>>

QUINTO: En el caso que enjuiciamos, el Ayuntamiento ha elaborado un informe técnico-económico con el fin de determinar el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. El informe técnico parte del valor catastral del suelo del municipio de Terrassa, por cuanto es un dato objetivo, existente y fácilmente aplicable.

Al respecto, cabe indicar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 11-12-2014, confirma la Sentencia de la Sala homónima en Valladolid del TSJ de Castilla y León, de 13-12-2013, en la que se afirma la posibilidad de acudir al valor catastral del suelo por el que discurren las instalaciones como punto de partida para la obtención del valor del aprovechamiento objeto de gravamen, rechazando como principio cualquier crítica dirigida a poner de relieve que no es posible acudir al valor catastral para otorgar un valor del suelo, del que obtener una referencia de valor de mercado. Se parte de que el valor catastral no podrá superar al de mercado, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, entendiéndose por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas. Si conforme al citado art. 24.1.a) LHL ha de tomarse como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público, el contraste

ha de encontrarse precisamente, acudiendo al valor catastral, que ya se ha dicho no podrá superar el de mercado.

Para obtener el valor de metro cuadrado, dice el Informe que se ha indagado la base de datos catastral a fin de obtener el sumatorio del valor catastral del suelo de naturaleza urbana del municipio. A continuación indica el resultado obtenido, que es 1.919.627.757'99 €. Seguidamente se calcula en la base de datos gráfica del municipio la superficie total del suelo de las fincas afectadas, que es de 16.155.239'69 m²; efectuando la división se obtiene un valor medio unitario catastral de 118,82 €/m², que es el punto de partida o precio de referencia.

De otro lado, para actualizar dicho valor se aplica el coeficiente que la Generalitat de Cataluña prevé aplicar sobre el valor catastral de Terrassa, para obtener la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados, y que es el 1,8, lo que arroja un valor de mercado del suelo por metro cuadrado de 213,33 €.

Para obtener la utilidad derivada de la utilización, se aplica un factor ponderador al valor de mercado obtenido. Este factor ponderador se obtiene poniendo en relación los precios en venta de los bienes inmuebles de la ciudad en los tres últimos años, únicamente de uso comercial, industrial y de oficinas, registrados en la base de datos catastral (316 transmisiones) con los precios actuales de alquiler de locales comerciales e industriales en la ciudad, que se han obtenido mediante un estudio de mercado con 762 muestras. La media de precio por m² en las 316 transmisiones se sitúa en 612€/m², mientras que la media del precio de alquiler es de 71,40€/m² (5,95€/m² y mes). Poniendo en relación ambas magnitudes resulta que la proporción de precio de alquiler respecto a la venta es de 11,67. La utilidad estimada del bien resulta de aplicar a los 213,88 € m² el coeficiente 11,67, lo que arroja 24,96€/m² como importe de la utilidad previsible.

Para obtener la superficie de aprovechamiento de cada compañía, se toma en cuenta de un lado la longitud de la red, magnitud que obligará a las compañías a declararla, y la anchura media por metro lineal, que se cifra en 60 centímetros.

Como último elemento a valorar y teniendo en cuenta que las compañías prestan sobre la misma red servicios de telefonía móvil y fija, se cuantifica la proporción de la red que se utiliza para una y otra, mediante el coeficiente de ponderación de los servicios de telefonía que presta cada obligado tributario mediante la red. A tal

efecto, se parte del ancho de banda requerido para cada tecnología: la móvil permite una navegación estándar de 100 Mbps y la fija se sitúa igualmente en 100 Mbps, por lo que ambas están alrededor de los 100 Mbps, lo que supone una banda equiparable. Como segundo elemento, se toma en consideración el número de clientes en cada una de las tecnologías, para determinar la intensidad, tanto en fijo como en móvil, que asimismo exigirá de las compañías que informen sobre el número de clientes en cada tipo de línea abonados con domicilio en el municipio de Terrassa.

SEXTO: Expuesto lo anterior, ambas partes son concedoras de que esta Sala y Sección ya se pronunció sobre la Ordenanza n cuestión en nuestra sentencia núm. 469/2016, de 29 de abril dictada en el recurso contencioso administrativo nº 161/2015 interpuesto por otra operadora de telefonía móvil contra la misma Ordenanza, sentencia contra la que se admitido a trámite recurso de casación interpuesto por la Administración demandada, que por lo que consta se encuentra pendiente de resolución.

Tampoco ignoran las partes que por el Tribunal Supremo ha sido dictada sentencia de 8 de junio de 2016 en el recurso de casación número 1869/2015, interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15 de abril de 2015, dictada en el recurso número 295/2013, en materia de impugnación de la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil" - que la aquí recurrente invocaba en la demanda-. El Alto Tribunal estima el recurso de casación, anula y deja sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimando el recurso contencioso-administrativo declara conforme a Derecho el artículo 5 de la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadoras de Servicios de Telefonía Móvil", publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012.

Como la propia actora manifiesta, el método de cuantificación de la tasa en el supuesto examinado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la indicada sentencia, y luego por el Tribunal Supremo, es muy similar al de autos, por lo que teniendo en cuenta los motivos de impugnación y el criterio contenido en la

mencionada sentencia del Tribunal Supremo, esta Sala no va a mantener las mismas consideraciones y fallo que en nuestra anterior sentencia, al adoptar criterio plasmado en la expresada sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016.

Por su importancia, hemos de transcribir lo considerado en los fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo de dicha sentencia, del siguiente tenor:

«(...) 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 cuando no es compatible con los siguientes requisitos:

-) 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.

-) 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 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.

-) 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.

SEXTO.- 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 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-.

SEPTIMO.- La aplicación tanto de los límites que derivan del Derecho europeo como de las exigencias derivadas del TRLHL determina que haya de acogerse el motivo de casación que se analiza respecto de los cuatro parámetros utilizados por el artículo 5 de la "Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa y Aprovechamientos Especiales constituidos en el Suelo, Subsuelo o Vuelo de la Vía Pública a favor de Empresas Explotadores de Servicios de Telefonía Móvil", que la sentencia de instancia anula.

A.- 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 24.1ª) 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, de tal forma que 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.

El hecho de que las vías públicas o zonas verdes carezcan de un valor lucrativo a efectos edificatorios no impide que puedan ser utilizadas para determinadas actividades económicas que solamente pueden tener lugar en ellas o en su subsuelo, y es entonces, y solo entonces, cuando cobra sentido la previsión del artículo 24.1.a) del TRLHL de tomar "como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público."

Y, por parecida razón, tampoco se comparte la exigencia que refleja la sentencia impugnada de asignar valores individualizados por zonas de la capital que tuvieran en cuenta las distintas categorías fiscales de las calles por cuyo subsuelo discurren las redes, ya que lo que ha de medirse es la utilidad derivada de la ocupación del dominio público y en el presente caso, y con relación al servicio de que se trata, dicha utilidad es idéntica en toda la ciudad.

En fin, tampoco se comparte el criterio del Tribunal de instancia, que invoca el artículo 36 de la Ley 9/2001, de 17 de julio de la Comunidad de Madrid, referido a la cesión obligatoria y gratuita de suelos dotacionales y equipara las vías municipales, a estos efectos valorativos, con zonas verdes, porque, insistimos, el hecho de que dichas vías carezcan de valor lucrativo a efectos de edificación, o éste sea muy residual, no excluye los beneficios que derivan de la realización en dichas zonas ocupadas de actividades económicas, para las que resultan imprescindibles o idóneas.

Dicho en otros términos, 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, como sostiene la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, 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.

En definitiva, 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.

B.- Coeficiente de ponderación de servicios móviles.

La Sala de instancia considera que este coeficiente no tiene en cuenta el factor esencial de la superficie ocupada y utiliza factores equivocados como que el uso de las redes que discurren por el dominio público municipal es proporcional al número de telefonía móvil/fija, cuando no todas las transmisiones de voz y datos de la telefonía móvil utilizan las redes que discurren por el dominio público municipal, ni la intensidad de uso es la misma en uno y otro caso, ya que en el caso de la telefonía fija es un hecho que sus redes se utilizan preferentemente para transmisiones de datos con un uso más intenso.

Ahora bien, 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. Parte de un valor unitario por metro cuadrado ocupado, igual para todos los sujetos obligados, que se modula, a efectos de concretar la utilidad específica que perciben sus servicios móviles en relación con la totalidad de los servicios prestados a través del mismo elemento. En definitiva, el parámetro de que se trata no se aplica directamente sobre la superficie ocupada por cada obligado tributario, pero sí sobre el valor unitario por metro cuadrado.

De esta forma, el coeficiente al que nos referimos permite disociar la valoración de la utilidad derivada de las ocupaciones por servicios de telecomunicaciones distinguiendo los telefonía fija y móvil, tal como se prevé en el TRLHL y según se dispuso por la Ley 51/2002, ya que la telefonía móvil quedó excluida desde entonces del régimen de tributación del artículo 24.1.c), lo cual no significa no sujeción a la tasa por ocupación del dominio público -que infringiría el principio de igualdad-, sino que la tributación ha de hacerse por el régimen previsto en la letra a) del artículo 24.1 , tal como se señaló en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2009 -recurso de casación 5082/2005 -.

No se grava dos veces el mismo recurso. Lo que se grava es la utilidad que deriva del uso del bien de dominio público para la prestación de la totalidad de servicios de

telecomunicaciones, tanto fijos como móviles.

En este sentido, debemos poner de relieve que según consta en el expediente administrativo, el número de líneas móviles de las que es titular Vodafone, España S.A. (1.164.586) es muy superior al de líneas fijas atribuidas al municipio de Madrid en el conjunto nacional (103.240, pues se atribuye a Madrid el 7% del número de líneas fijas de las que es titular la recurrente en todo el Estado, en función de la población), lo que hace que al dividir el número de líneas móviles prepago y pospago activas en el municipio de Madrid por el número total de líneas fijas correspondientes a abonados domiciliados en Madrid más el número de líneas móviles, se obtenga un porcentaje de 91,857%.

En cambio, la situación de la empresa con la que la recurrente se comparó en el escrito de demanda -insistiendo sobre ello en el recurso de casación- es muy diferente porque tiene un número muy reducido de líneas móviles (6.845) y le corresponden en la atribución del 7% antes referido en cuanto a líneas fijas un número muy superior (152.921), lo que hace que su porcentaje final solo alcance el 4,284%.

De esta forma, el coeficiente de ponderación de servicios móviles discrimina la utilidad a cuantificar y contribuye a cumplir el principio de proporcionalidad.

C.- Factor CV

Este factor o recargo pondera el uso del vuelo que efectúan los operadores mediante la instalación de elementos tales como microceldas, repetidores u otros similares. También la Sala de instancia considera que se trata de un coeficiente que no atiende a la superficie ocupada, ya que se trata de elementos de red que sirven para optimizar el uso de la red porque permite un número mayor de tráfico de llamadas en áreas de especial intensidad, y la consecuencia es que no sea necesario instalar más cable.

Pero, precisamente, este razonamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo que revela es la relación del factor cuestionado con una mayor intensidad de uso del dominio público local a través de una concreta tecnología, susceptible de ser tenida en consideración al cuantificar la tasa por cuanto repercute en el aumento del valor de mercado de la utilidad obtenida por los operadores que emplean los referidos elementos tecnológicos.

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».

SÉPTIMO: Los anteriores razonamientos son trasladables en lo sustancial al presente caso, para rechazar los motivos de impugnación.

Si bien la Ordenanza aquí impugnada no prevé un factor reductor para aquellos obligados tributarios cuyo número de líneas móviles prepago y pospago activas sea inferior a determinado número, ni un recargo que por la instalación de elementos en fachadas de edificios, construcciones y mobiliario urbano, ni tampoco un factor reductor por la utilización inferior a la anualidad -nada de los cual ha sido objeto

debate de esta litis-, el factor “Sup” de la Ordenanza de Madrid es equivalente al “CPTM” de la Ordenanza aquí impugnada. El factor “Sup” de la Ordenanza de Madrid es análogo al conjunto “LXT*S” de la Ordenanza aquí impugnada, con la diferencia de que aquella Ordenanza fija un ancho medio para la instalación de redes de telecomunicaciones de 0,65 m² por cada metro lineal, mientras que la aquí examinada lo cifra en 0,60, que en el ancho que la propia parte recurrente admite como ancho medio de las canalizaciones propias en el municipio de Terrassa, anchura que resulta razonable considerar aún cuando las líneas de la recurrente trascurren por canalizaciones ajenas, pues en tal caso el uso no se reduce a la anchura del cableado, sino que lo que utiliza es la canalización.

Por último, el “e/m² básico” es muy similar a la fórmula “VMS*CR”. Recordemos, el “e/m² básico” resulta de aplicar una tasa de rentabilidad del 4% al supuesto valor medio del mercado del suelo del municipio de Madrid (2.087,80 euros/m²), partiendo del valor catastral referido exclusivamente a suelos edificables de usos lucrativos del municipio, mientras que la Ordenanza de Terrassa considera una tasa de rentabilidad de 11,67% (coeficiente entre el precio en venta per m² de los bienes inmuebles de usos comercial e industrial en Terrassa, con el precio medio de alquiler de este tipo de inmuebles) al valor de mercado del suelo por metro cuadrado, resultado de multiplicar el valor catastral medio del suelo/m² del municipio de Terrassa por coeficiente de comprobación asignado al municipio de Terrassa a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el Impuesto sobre Sucesiones i Donaciones.

Por las mismas razones expresadas por el Tribunal Supremo en dicha sentencia debemos rechazar que esta parte de la fórmula no sirva para calcular adecuadamente el valor de la utilidad derivada de la realización del hecho imponible. El informe del Jefe de sección del catastro e inspección que obra en el expediente administrativo indica que para obtener el valor medio catastral del municipio “s’ha fet una explotació de la base de dades cadastral, per tal d’obtenir el sumatori del valor del sòl cadastral del sòl de naturalesa urbana del municipi reflectit en el plànol adjunt al present informe. El resultat obtingut ha estat de 1.919.627.757,69m². Tot seguit s’ha calculat en la base de dades gràfica del municipi la superfície total de sòl de les finques afectades, que és de 16.155.239,69 m². Fent la divisió del sumatori de valor cadastral entre el sumatori de la superfície del sòl obtenim un valor mig unitari cadastral del sòl de 118,82 eurosm² (cent divuit euros amb vuitanta dos cèntims)”. No es exigible asignar valores individualizados por zonas del municipio, ni a los efectos del aprovechamiento o beneficios derivados de la ocupación de la vía

pública para la prestación del servicio de telefonía resulta relevante la calificación urbanística del suelo que se ocupa, siendo que el hecho de que las vías públicas o zonas verdes carezcan de un valor lucrativo a efectos edificatorios no impide que puedan ser utilizadas para determinadas actividades económicas que solamente pueden tener lugar en ellas o en su subsuelo. Partiendo de ello, la determinación del valor de mercado del suelo mediante la aplicación de los índices que anualmente publica la Generalitat de Catalunya a efectos del ITPyAjD y ISyD a aplicar sobre el valor catastral, se estima correcta y no es objeto de crítica, como también lo es la tasa de rentabilidad que se motiva en el informe técnico económico, partiendo de un arrendamiento, figura semejante al uso que las operadoras de telefonía hacen del dominio público local.

Por fin, dado que el informe técnico económico no incorporan los criterios de cálculo que se correspondan con los valores de mercado de la propiedad o de la utilidad obtenida por su utilización y que se han cumplido el procedimiento normativo de aprobación y la publicidad de la Ordenanza, las alegada falta de publicidad denunciada en la demanda no constituye a juicio de la sala un defecto invalidante.

En definitiva, en virtud de lo expuesto, el recurso no debe prosperar, al ser conforme a Derecho la disposición impugnada.

OCTAVO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, las costas procesales se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el órgano jurisdiccional, aprecie razonándolo debidamente, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Se recoge de esta forma el principio del vencimiento mitigado, que aquí debe conducir a la no imposición de costas habida cuenta que no se estima que al ejercitarse la acción se hallaran ausentes serias dudas de derecho en la cuestión examinada, como lo evidencia el anterior pronunciamiento de este Tribunal y el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid invocado por la actora.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Orange Espagne S.A.U. contra la Ordenanza Fiscal nº 3.39 del Ayuntamiento de Terrassa reguladora de la tasa por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las

empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona del 31 de diciembre de 2014, debiendo correr cada parte con las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiera Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días, a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Una vez firme la presente sentencia líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con el respectivo expediente administrativo al órgano demandado, quien deberá llevar aquella a puro y debido efecto, sirviéndose acusar el oportuno recibo.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.