# Sentencias más relevantes pronunciadas por el Tribunal Supremo sobre régimen jurídico de las Administraciones locales en 2012. En especial sobre las ordenanzas reguladoras de la tasa por ocupación del dominio público local por las operadoras de telefonía móvil

Rafael Fernández Montalvo
*Magistrado del Tribunal Supremo*

**1. Derecho Administrativo local**

1.1. Fuentes. La costumbre como fuente del Derecho Administrativo local, en materia de aprovechamiento de pastos en bienes comunales [artículo 75.2 Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local. Supremo en sentencias de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008), 17 de febrero de 2012 (rec. de cas. 6080/2008) y 7 de junio de 2012 (rec. de cas. 1782/2009)]

1.2. Autonomía local

1.2.1. La autonomía local como garantía institucional (STS de 3 de octubre de 2012, rec. de cas. 5799/2011). El criterio de la vinculación negativa a la ley para interpretar el principio de legalidad en el ámbito de las entidades locales

1.2.2. Autonomía local y control de legalidad del acuerdo de aprobación definitiva de convenio urbanístico (STS de 8 de noviembre de 2012, recaída en el rec. de cas. 6469/2010)

1.2.2.1. Naturaleza del convenio urbanístico: carecen de valor normativo

1.2.2.2. La potestad de planeamiento urbanístico de los ayuntamientos es indisponible por vía contractual

1.2.2.3. Autonomía local y control de legalidad y de oportunidad

1.3. Competencias

1.3.1. Subvenciones. Concesión de ayudas económicas (STS de 4 de diciembre de 2012, dictada en el rec. de cas. 4369/2011). Necesidad del previo plan estratégico de subvenciones

1.3.2. Competencia en materia de urbanismo y medio ambiente (STS de 21 de junio de 2012, rec. de cas. 2511/2009). Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nulidad de pleno derecho del plan rector por falta de audiencia de los municipios

afectados (STS de 20 de septiembre de 2012, recaída en el rec. de cas. 5349/2010).

1.3.3. Competencias en materia de telecomunicaciones, urbanismo y sanidad. Pérdida parcial de objeto. Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (STS de 31 de enero de 2012, rec. de cas. 4182/2008, y STS de 26 de abril de 2012, rec. de cas. 1716/2009, aprobación definitiva del Plan Especial de Telefonía Móvil de Menorca).

**2. Derecho Tributario local**

2.1. Consideraciones generales sobre la importancia de las tasas en las Haciendas locales

2.2. Tasa de cajeros automáticos

2.3. Tasa por el paso de vehículos y carruajes (STS de 7 de marzo de 2012, rec. de cas. 709/2010)

2.4. Tasa por ocupación del dominio público local por operadoras de telefonía móvil (STS de 10 de octubre de 2012, rec. de cas. 4307/2009)

2.4.1. Inicial postura de la jurisprudencia española

2.4.2. La fase actual de la jurisprudencia. El marco normativo europeo. STS de 10 de octubre de 2012 (rec. de cas. 4307/2009). La cuestión prejudicial

**Resumen**

El presente estudio se centra en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Gobierno local. Con este objetivo, el trabajo se ocupa, en primer lugar, de hacer una exposición de la doctrina jurisprudencial sobre las fuentes del Derecho Administrativo local, prestando especial atención a la costumbre como fuente jurídica esencial en la regulación de los bienes comunales; así como sobre el principio de autonomía local y sobre las competencias locales.

En segundo lugar, nos ocupamos también de examinar detalladamente los pronunciamientos jurisdiccionales relativos al Derecho Tributario local, especialmente por lo que se refiere a las tasas exigidas por las diferentes Haciendas locales.

Palabras clave: *Gobierno local; jurisprudencia; autonomía local; competencias locales; tasas; Haciendas locales.*

***The most relevant judgments of the Spanish Supreme Court regarding local governments of 2012 (especially regarding city tax ordinances of use of public domain by the mobile telephone operators)***

***Abstract***

*This article focuses on the recent case-law of the Spanish Supreme Court regarding local governments. First, the article exposes the case-law about the sources of law of local law, paying special attention to the custom as an essential source of law for the regulation of communal properties and to the principle of local autonomy and local competences.*



Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

*Second, this article studies in depth judgments related in general to local tax law and especially it analyzes the judgments regarding taxes established by local governments.*

*Keywords*: local government; case-law; local autonomy; local competences; taxes; local tax offices.

## 1. Derecho Administrativo local

### 1.1. Fuentes. La costumbre como fuente del Derecho Administrativo local, en materia de aprovechamiento de pastos en bienes comunales [artículo 75.2 Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local. Supremo en sentencias de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008), 17 de febrero de 2012 (rec. de cas. 6080/2008) y 7 de junio de 2012 (rec. de cas. 1782/2009)]

Es un tema clásico determinar si la costumbre se aplica al Derecho Administrativo y, en su caso, cuál es su valor en la jerarquía de fuentes. Los argumentos contrarios a dicha aplicación son el carácter racionalizado y reflexivo del ordenamiento administrativo, que excluiría normas que, como la costumbre, son de formación espontánea. Además, se dice que el Derecho Administrativo es de formación estatal, y, por ello, excluye un producto social como es la costumbre.

Sin embargo, la norma consuetudinaria ha tenido y tiene una indudable función reguladora en el ámbito local, como lo prueba precisamente el artículo 75 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), sobre el que ha tenido ocasión de pronunciarse, en relación con el aprovechamiento de pastos en montes comunales, el Tribunal Supremo, en sentencias de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008), 17 de febrero de 2012 (rec. de cas. 6080/2008) y 7 de junio de 2012 (rec. de cas. 1782/2009).

Denunciaba el Ayuntamiento recurrente la aplicación errónea del artículo 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Aducía la errónea interpretación de dicho precepto, en relación con el artículo 111.1 de la Ley autonómica 4/1989. Imputaba, asimismo, a la sentencia de instancia que prescindía erróneamente del valor de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, contra lo declarado en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007 (Recurso de casación 6682/2003) y en el propio artículo 111 de la Ley autonómica.

El Tribunal Supremo considera que la referida impugnación se encontraba correctamente fundada y debía prosperar. El artículo 95 del Reglamento de Bie-

nes de las Corporaciones Locales (RBCL), que se denuncia, dispone que "cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el órgano competente de la comunidad autónoma, en cada caso, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiera". La sentencia recurrida entiende erróneamente que dicho precepto es atendible cuando menciona en primer lugar a la ordenanza y después a la costumbre. El error tiene relieve porque se apoya en tal interpretación, que minusvalora esta última fuente de nuestro ordenamiento, para dar al artículo 111 de la Ley autonómica 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural de Asturias un sentido en el que pone en primer plano las facultades autonómicas de la Administración del Principado de Asturias para la ordenación de los pastos, en detrimento de "la costumbre del lugar", a la que, sin embargo, remite también dicho precepto, que dice que se respetará en todo caso.

La interpretación de la Sala de Asturias debía ser corregida. La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo subraya la relación del artículo 95 RBCL con el artículo 75.2 del TRRL, en el que se antepone la costumbre a las ordenanzas locales, y ha destacado, desde antiguo, el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. La sentencia de esta Sala y Sección de 10 de julio de 1989 lo declaró ya así en atención al rango legal de las disposiciones del TRRL –que prima necesariamente sobre el carácter reglamentario del RB– y a los antecedentes históricos de la figura.

La misma orientación de respeto a la regulación consuetudinaria se aprecia en la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1989 y, más recientemente, en la sentencia de la Sección Cuarta de 21 de febrero de 2007 que ya hemos citado. Es necesario añadir a las mismas, en forma decisiva para este caso, la doctrina de la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 29 de junio de 2007 (casación 9811/2004) y la de 17 de noviembre de 2009 (casación 712/2005), que se refieren a supuestos de aprehensión de caballerías que enfrentaron a los ayuntamientos de Lena y de Quirós, así como la de 21 de mayo de 2008 (casación 1203/2005), o incluso la sentencia 85/2008, de 21 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, que concedió amparo al Ayuntamiento de Lena, al que se había lesionado su derecho de acceso a este orden de jurisdicción con la misma ocasión de tomar en prenda, "prendar" o aprehender caballos, por vía de hecho, por el Ayuntamiento de Quirós. A lo que son de añadir la repetida sentencia de 21 de febrero de 2007 (casación 6682/2003), que se invoca por el Ayuntamiento recurrente, y la de 4 de diciembre de 2007 (casación 85/2005).


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

En todas estas sentencias se reconoce que la legislación aplicable da un valor de relieve a la costumbre como fuente característica en este tipo de aprovechamientos. En la sentencia de 21 de febrero de 2007 (casación 6682/2003) se sienta una doctrina opuesta a la de la sentencia recurrida en casación. En la misma, lejos de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico administrativo, se subraya su valor, recordando el artículo 75.2 TRRL, cuando afirma que si "el aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto", y que corrobora el núm. 4, al afirmar que "los ayuntamientos y juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales […]". Es decir –prosigue la sentencia – "que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también en el art. 95 del Reglamento de Bienes cuando afirma que cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas". Recoge –en fin– esta sentencia la doctrina de la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, de que ya se ha hecho mérito, recordando que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local.

Sigue añadiendo la sentencia en lo que aquí interesa que: "la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, puesto que gracias a ellos podían complementarse tanto los ingresos de la pequeña propiedad individual como los de las rentas salariales de un trabajo esporádico. Es cierto que las circunstancias han cambiado al haber avanzado la economía y la situación social es bien diferente; en consecuencia es más que probable que los aprovechamientos de los bienes comunales puedan en el futuro efectuarse de otro modo o encaminarse hacia otras actividades, pero esas hipótesis poco tienen que ver con lo que ahora la Sala enjuicia referido a casi una década del momento en que se produjo la modificación de la Ordenanza […] Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ese el caso de la costumbre que solo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necesitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren".

## 1.2. Autonomía local

### 1.2.1. La autonomía local como garantía institucional (STS de 3 de octubre de 2012, rec. de cas. 5799/2011). El criterio de la vinculación negativa a la ley para interpretar el principio de legalidad en el ámbito de las entidades locales

STS de 3 de octubre de 2012 (rec. de cas. 5799/2011). El principio de autonomía local es ante todo, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC de 28 de julio de 1981), una garantía institucional, esto es, el reconocimiento, dentro del núcleo esencial de lo que podemos llamar intereses locales, de la necesidad de disponer de una organización institucional propia que sea reconocible en la conciencia social como tal ente local; pero esa autonomía local no tiene definidas en la Constitución la totalidad de sus competencias, porque la última determinación de estas corresponde al legislador ordinario.

La STS de 13 de marzo de 2012 (rec. de cas. 1304/2011, sobre la ordenanza reguladora de la publicidad exterior del Ayuntamiento de Madrid) señala que las corporaciones locales solamente pueden actuar dentro de las competencias que les otorga la legislación de régimen local. Ahora bien, existe otra línea jurisprudencial menos restrictiva de la autonomía y competencias locales que, para interpretar el principio de legalidad, atiende al criterio de la "vinculación negativa" a la ley de las entidades locales (SSTS de 15 de diciembre de 2009 (RC 496/2009), 9 de diciembre de 2009 (RRCC 2989/2008, 3956/2008, 6448/2008, 4286/2008), 17 de noviembre de 2009 (RRCC 1147/2008, 1168/2008, 2135/2008), 7 de octubre de 2009 (RC 204/2008), 14 de octubre de 2009 (RC 5229/2007), 15 de octubre de 2009 (RC 283/2008). En todas ellas se repiten los siguientes razonamientos (sobre la competencia de ayuntamientos para aprobar ordenanzas reguladoras de estiércol, purines, fangos, etc.):

"El motivo de casación trasluce […] una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la corporación local solo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de este para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de tratado fue incorporada a nuestro ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquellas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

"En esta línea, prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004), son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 'las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad'. Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, 'para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local'".

### 1.2.2. Autonomía local y control de legalidad del acuerdo de aprobación definitiva de convenio urbanístico (STS de 8 de noviembre de 2012, recaída en el rec. de cas. 6469/2010)

#### 1.2.2.1. *Naturaleza del convenio urbanístico: carecen de valor normativo*

En el primer motivo de casación, invocando los principios de legalidad y seguridad jurídica reconocidos en el artículo 9.3 de la Constitución, la recurrente sostenía, en contra del criterio de la sentencia de instancia, que el convenio urbanístico suscrito por el Ayuntamiento de Sitges con determinados propietarios de terrenos ubicados en el sector a que se circunscribe la controversia tiene el carácter de norma del Plan

y, por tanto, de disposición general que obliga tanto a los particulares como a la Administración. A lo anterior añade que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que con la anulación –por la resolución del recurso de alzada interpuesto por otros interesados– de la expresión relativa a la conservación de los derechos urbanísticos, dejando subsistente el convenio en todo su contenido, se provoca confusión a la hora de establecer el criterio normativo de aplicación para el desarrollo del Plan Parcial, por lo que queda vulnerado igualmente el principio de seguridad jurídica. Por último, y a fin de refrendar su carácter normativo, se hace notar que el convenio urbanístico se encuentra incluido entre los documentos de Plan, como anexo, y que el artículo 4 de las Normas Urbanísticas del Plan de Ordenación establece que los convenios se incorporan como documentos vinculantes "de las partes firmantes".

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en contra del criterio que sostiene la recurrente, considera que los convenios urbanísticos, incluso en los casos en que se incorporen y tramiten junto con los planes con los que guarden relación, carecen de carácter normativo. Y en realidad deben ser considerados como actos sustantivos independientes de los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística.

#### 1.2.2.2. *La potestad de planeamiento urbanístico de los ayuntamientos es indisponible por vía contractual*

La cuestión ha sido contestada de forma unívoca por la jurisprudencia, que con reiteración viene declarando que no resulta admisible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el ayuntamiento haya llegado con los administrados, pues la potestad de planeamiento ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores. Así, en sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2008 (casación 4178/04) puede verse una reseña de la jurisprudencia referida al principio de la "indisponibilidad de las potestades de planeamiento por vía convencional", en la que reiteradamente se afirma que las exigencias del interés público que justifican tales potestades implican que su ejercicio no pueda encontrar límite en los convenios que la Administración concierte con los administrados; que las competencias jurídico-públicas son irrenunciables y se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias, por lo que no resulta admisible una "disposición" de la potestad de planeamiento por vía contractual; o que, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración de lo convenido (sentencias, entre otras muchas, de 7 de febrero, 30 de abril y 13 de julio de 1990, 21 de septiembre y 20 de diciembre de 1991, 13 de febrero, 18 de marzo, 15 de abril y 27 de octubre de 1992, 23 de junio, 19 de julio y 5 de diciembre de 1994, 15 de marzo de 1997, 29 de febrero de 2000 o 7 de octubre de 2002).

En sintonía con esa jurisprudencia, la sentencia recurrida niega categóricamente que el convenio urbanístico tenga fuerza de norma jurídica y pueda condicionar o comprometer el ejercicio de la potestad de planeamiento, sin perjuicio, como la propia sentencia admite, de las consecuencias que el incumplimiento pueda originar. No constituye ningún obstáculo a lo anterior la previsión contenida en el artículo 4 de las Normas del Plan, al prever que los convenios que acompañan o desarrollan el Plan se incorporan como documentos de carácter vinculante para los firmantes. Por el contrario, esa previsión limitativa de su alcance es coherente con la falta de efectos generales de los convenios, frente a la eficacia *erga omnes* que es propia de las disposiciones generales.

En suma, el administrado no puede pretender que los tribunales declaren la obligación de la Administración de cumplir con lo estipulado en el convenio, como si se tratase de una norma jurídica, sino, en su caso, y a través de los cauces adecuados, instar la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración y con los efectos propios de tal resolución.

Al negarse al convenio naturaleza de disposición general, carece de sentido examinar si las contradicciones entre las determinaciones del Plan y del convenio afectan a la seguridad jurídica.

#### 1.2.2.3. *Autonomía local y control de legalidad y de oportunidad*

Por último, se alegaba la infracción de los artículos 137 y 140 de la Constitución y la jurisprudencia que interpreta el principio de autonomía local.

Se sostiene en este motivo que la resolución del conseller de Política Territorial y Obras Públicas de 30 de enero de 2008, que estimó parcialmente los recursos de alzada acumulados interpuestos por otros interesados, vulnera el principio de autonomía local, en cuanto la mencionada resolución dispone suprimir de la ficha de ordenación del sector PPU1 la previsión relativa a la conservación de los derechos urbanísticos, en la proporción que figuraba en las Normas Subsidiarias precedentes. Para la recurrente, como a lo largo de la tramitación del Plan de Ordenación el Ayuntamiento de Sitges había manifestado, en ejercicio legitimo de sus competencias, que respecto al sector PP-1 quería respetar los aprovechamientos de

las Normas Subsidiarias para uno de los sectores integrantes en dicho ámbito, voluntad que quedó plasmada en el convenio suscrito y en la ficha del PP-1 aprobada inicial y provisionalmente por el Ayuntamiento y definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona, con la supresión de esa previsión de la ficha del sector han sido menoscabadas las competencias locales por la Administración autonómica.

El motivo es desestimado por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Desde la sentencia de 13 de julio de 1990, la Sala viene declarando sostenidamente que el control sobre la potestad de planeamiento de los ayuntamientos que puede realizar la Administración autonómica, con ocasión de los acuerdos de aprobación definitiva, debe respetar la autonomía municipal (artículo 140 de la Constitución y artículo 25.2.d/ de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local), sin inmiscuirse, en principio, en los elementos discrecionales de interés local. Por el contrario, esa fiscalización por parte de la Administración autonómica ha de recaer sobre los elementos reglados del Plan (documentos preceptivos, procedimiento establecido, estándares de dotaciones, límites de edificabilidad, etc.) y también sobre los aspectos discrecionales que tengan incidencia supramunicipal.

En sentencia de esta Sala de 4 de abril de 2003 (casación 8798/1999), cuya doctrina ha sido luego reiterada en sentencia de 17 de febrero de 2009 (casación 10410/2004), tuvimos ocasión de señalar que "[…] entre aquellos elementos reglados, susceptibles de ser revisados por la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva se encuentran todos aquellos que, aunque no se resuelvan con la simple aplicación de una norma a la situación de hecho contemplada, sirven para dotar de lógica y coherencia interna al plan, pues respecto de ellos no cabe hablar de que el Ayuntamiento disponga de potestades discrecionales".

## 1.3. Competencias

### 1.3.1. Subvenciones. Concesión de ayudas económicas (STS de 4 de diciembre de 2012, dictada en el rec. de cas. 4369/2011). Necesidad del previo plan estratégico de subvenciones

En el recurso de casación se impugnaba sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 8 de junio de 2011, sobre impugnación del Acuerdo del Ayuntamiento de Eskoriatza conteniendo las Bases específicas que regulan la concesión de ayudas económicas individuales de transporte para familiares de personas internas en centros penitenciarios.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

El recurso de casación se estima por incurrir la sentencia de instancia en vicio de incongruencia omisiva. Y se estima el recurso contencioso-administrativo por ausencia del previo plan estratégico de subvenciones, requerido por el artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

La sentencia recurrida dejó de tratar dos de las cuestiones que el Sr. abogado del Estado esgrimió en su escrito de demanda. En concreto, no aborda aquella en que sostuvo que el Ayuntamiento de Eskoriatza carecía de competencia, tras la Ley del Parlamento Vasco 13/2008, de 12 de diciembre, de Apoyo a las Familias, para establecer, en la resolución del Sr. alcalde de 4 de diciembre de 2009, impugnada en el proceso, las "Bases específicas que regulan la concesión de ayudas económicas individuales de transporte para familiares de personas internas en centros penitenciarios". Ni tampoco la referida a la infracción de los artículos 9.2 y 17.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en relación con el 22.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, producida, a juicio de la actora, porque aquellas Bases específicas deberían haber sido establecidas en una ordenanza municipal aprobada, no por el Sr. alcalde, y sí por el Pleno del Ayuntamiento.

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que incurre aquella sentencia en el vicio de incongruencia omisiva que denuncia el primero de los motivos de casación. Por lo que debía ser casada y dejada sin efecto, con la consiguiente obligación de este Tribunal de resolver lo que correspondía dentro de los términos en que se planteó el debate, tal y como dispone el artículo 95.2.d), en relación con el inciso final de la anterior letra c), de la Ley de la Jurisdicción (LJC).

Para ello, y por ser el primer motivo de impugnación que abordó la Sala de instancia, el Tribunal Supremo analiza ante todo si aquella resolución de la Alcaldía infringió el artículo 8.1 de la Ley 38/2003, por ausencia de un previo plan estratégico de subvenciones en el que el órgano de la Administración Pública que se proponga establecerlas haya concretado los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en él, en todo caso, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Y, a este respecto, la sentencia hace aplicación de la doctrina de la anterior sentencia de 26 de junio de 2012, en la que el Tribunal Supremo consideró, dado el tenor de los apartados 1 y 3 del artículo 8 y de la disposición adicional decimotercera de la Ley 38/2003, que el Plan Estratégico al que se refiere tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8. Y su ausencia conduce a

declarar la nulidad de la resolución impugnada, tal y como ya hizo para un supuesto similar (Bases aprobadas por el Ayuntamiento de Durango por las que se regulaban las ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario) la citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4271/2011.

### 1.3.2. Competencia en materia de urbanismo y medio ambiente (STS de 21 de junio de 2012, rec. de cas. 2511/2009). Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nulidad de pleno derecho del plan rector por falta de audiencia de los municipios afectados (STS de 20 de septiembre de 2012, recaída en el rec. de cas. 5349/2010)

"[…] Constituye reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que la garantía institucional de la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el 'derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias' (STC 240/2006, de 20 de julio, recogiendo lo declarado en las anteriores SSTC 32/1981 y 40/1998). Se trata, por tanto, de una noción muy similar a la acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por España a través de Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989.

"A salvo ese contenido mínimo de la autonomía local, estamos ante 'un concepto jurídico de contenido legal', que se concreta en una garantía institucional de los elementos primarios o fundamentales, es decir, del núcleo esencial del autogobierno de los entes públicos territoriales de ámbito local, debe necesariamente ser respetado por el legislador para que dichas Administraciones sean reconocibles como entes dotados de autogobierno. Respeto predicable, igualmente, en relación con los demás Administraciones en la aplicación de las leyes, de conformidad con la interpretación realizada por la doctrina del Tribunal Constitucional.

"Pues bien, la expresada autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias, como señala la citada STC 240 /2006, recordando lo declarado en la también citada STC 40/1998. Ahora bien, en este ámbito sectorial confluyen intereses de diferente naturaleza y, por lo que aquí importa, de distinta intensidad y ámbito territorial, de


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

suerte que únicamente cuando dichos intereses públicos a salvaguardar rebasan el ámbito puramente local, se legitima el control sobre el plan, en sus aspectos discrecionales, en los términos que seguidamente exponemos.

"La STS de 21 de junio de 2012 (rec. de cas. 2511/2009) señala que concretamente, las posibilidades de control de las comunidades autónomas cuando con motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de la autonomía local, de manera que la extensión del control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento viene impuesto por el respeto a la autonomía local.

"En materia urbanística la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan.

"En relación con los aspectos reglados la comunidad autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006, que no hace al caso abundar ahora.

"Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a este. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, *ex* artículo 9.3 CE.

"Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, el posible control o modificación por la comunidad autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aun en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos […]".

En el recurso de casación resuelto por la STS de 20 de septiembre de 2012 (rec. de cas. 5349/2010) que controla jurisdiccionalmente la aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión (PRUG) del Parque Regional en torno a los ejes de los cursos bajos de los ríos Manzanares y Jarama, aprobado por Decreto 9/2009, de 5 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Madrid, se insiste tanto a la doctrina del Tribunal Constitucional como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la competencia local en materia de urbanismo.

Estima el primer motivo de casación porque no hay razón para excluir del informe a los ayuntamientos y limitarlo, solo y exclusivamente, a la Administración autonómica, como si la competencia en materia de urbanismo fuera una competencia exclusiva autonómica, cuando, como es de sobra conocido, resulta que es una competencia compartida con los ayuntamientos; por otra parte ha de tomarse en consideración el superior rango jerárquico del Plan impugnado (PRUG), en relación con el planeamiento urbanístico municipal.

Recuerda la Sala 3.ª del Tribunal Supremo que no es inusual que la convergencia sobre un mismo espacio físico de la acción de diferentes Administraciones Públicas que, a su vez, tienen atribuidas competencias sobre materias diferentes, sea fuente de conflictos, pues plantea siempre problemas de articulación y encaje.

En este caso se plantea la confrontación entre competencias referidas a dos ámbitos materiales:

(1) El medio ambiente, sobre el que ejercen competencias el Estado (apartado 23 del artículo 149.1 CE), las comunidades autónomas (artículo 148.1.9.ª CE) y los ayuntamientos [artículo 25.2.f) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen (LBRL)], y

(2) El urbanismo, sobre el que ejercen competencias las comunidades autónomas (artículo 148.1.3.ª CE) y los ayuntamientos [artículo 25.2.d) LBRL]. La distribución de competencias Estado-comunidades autónomas en materia de medio ambiente, como pone de manifiesto la reciente STS de 1 de junio de 2012, recurso de casación 39/2009, tiene un carácter transversal y polifacético por la incidencia que la misma tiene sobre otros sectores, en este caso, el urbanismo. Se trata de una competencia que atraviesa las demás y se proyecta, con diferente intensidad, sobre otros ámbitos materiales.

Este carácter ya fue puesto de manifiesto por la STC 102/1995, de 26 de junio, que declara que "el carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/82) y provoca una correlativa compleji-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

dad en el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente 'transversal' por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (artículo 148.1, 3, 7, 8, 10 y 11 CE), en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él".

El artículo 149.1.23.ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas que pueden establecer normas adicionales de protección. De manera que el Estado fija ese común denominador que no puede ser alterado por las comunidades autónomas. Por otra parte, el artículo 148.1.9.ª atribuye, a su vez, a las comunidades autónomas la competencia de gestión en la protección del medio ambiente.

En este marco competencial el Tribunal Constitucional ha diseccionado el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre el medio ambiente de la siguiente forma: tras interpretaciones iniciales que estaban más a la literalidad del artículo 149.1.23.ª sobre las "normas adicionales de protección" que podían establecer las comunidades autónomas –es el caso de la STC 149/1991, de 4 de julio–, luego se ha apostado por seguir, en esta materia, el estándar propio de legislación básica del Estado y normas de desarrollo de las comunidades autónomas, incluyendo normas con rango de ley de procedencia autonómica. Así se viene declarando desde la STC 102/1995, de 26 de junio, y otras posteriores (156/1995 y 166/2002).

En materia de urbanismo, para la determinación de la distribución de competencias entre las comunidades autónomas y los ayuntamientos, y su engarce con el principio de autonomía local previsto en los artículos 137 y 140 CE, debe partirse, como recuerda la STC 51/2004, de 13 de abril, de que la más temprana doctrina del Tribunal Constitucional declaró que la garantía de autonomía local "ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias" (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4), existiendo una consolidada doctrina constitucional, como pone de relieve la STC 51/2004 –que sigue en este punto la reflejada en la STC 159/2001, de 5 de julio–, según la cual las comunidades autónomas están facultadas "para regular de diversas maneras la actividad urbanística, y para otorgar en ella a los entes locales,

y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada. En definitiva, la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno" (STC 159/2001, FJ 4).

Por otra parte, en la antes referida STC 51/2004, recogiendo lo dicho en la anterior STC 159/2001, de 5 de julio –en la que se analizó si vulneraba la autonomía local la atribución a la Administración autonómica, en lugar de a los ayuntamientos, de la competencia de aprobación definitiva del planeamiento derivado–, se indicó que, "aunque el art. 25.2 d) LBRL establezca que el municipio ejercerá competencias en las materias de ordenación, gestión y disciplina urbanística, son las 'comunidades autónomas quienes, en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva, determin[a]n el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento' (con cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25). Por otra parte, según el art. 58.2 LBRL 'las Administraciones competentes en materia de aprobación de planes deberán necesariamente otorgar a las restantes (en este caso a los entes locales) algún tipo de participación que permita armonizar los intereses públicos afectados', pero 'ni de la Constitución ni de aquellos preceptos de la legislación estatal (LBRL) que integren el bloque de la constitucionalidad se deduce cuál deba ser la intensidad o la medida concreta de las competencias que respecto de (determinados planes) deba atribuirse en la legislación autonómica sectorial a los entes locales (redacción inicial o fase preparatoria, audiencia previa, in-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

forme vinculante o no, participación en organismos mixtos, etc.)'. En aquel caso se consideró que las atribuciones conferidas a la entidad local en las primeras fases del procedimiento de aprobación del plan eran 'competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico', y que, por tanto, el precepto cuestionado respetaba las exigencias de la garantía de la autonomía local (STC 159/2001, FJ 12)".

Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala 3.ª, también este Tribunal Supremo ha afrontado cuestiones relativas a la vulneración del principio de autonomía local. Así, la STS de 26 de junio de 2008 ha señalado:

"Concretamente, las posibilidades de control de las comunidades autónomas cuando con motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de la autonomía local, de manera que la extensión del control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento viene impuesto por el respeto a la autonomía local.

"En materia urbanística, única que hace al caso, la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan.

"En relación con los aspectos reglados la comunidad autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006, que no hace al caso abundar ahora.

"Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a este. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, *ex* artículo 9.3 Constitución Española.

"Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma,

el posible control o modificación por la comunidad autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aun en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

En forma parecida, en la STS 13 de diciembre de 2007, tras recordar, entre otras, la doctrina ya expuesta de la STC 240/2006, de 30 de julio, y de la STC 159/2001, de 5 de julio, F. 12, luego reproducida en la STC 51/2004, de 13 de abril, F. 10, se ha reiterado la clásica doctrina iniciada con la STS de 13 de julio de 1990.

Más recientemente, la STS de 26 de abril de 2012, recurso de casación 6216/2008, señala, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de la garantía institucional de la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución, que se concreta, básicamente, en el "[…] derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias" (STC 240/2006, de 20 de julio, que recoge lo declarado en las anteriores SSTC 32/1981 y 40/1998), tratándose, por tanto, de una noción muy similar a la acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por España a través de Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989.

En consecuencia, añade la sentencia que, "A salvo ese contenido mínimo de la autonomía local, estamos ante 'un concepto jurídico de contenido legal' que se concreta en una garantía institucional de los elementos primarios o fundamentales, es decir, del núcleo esencial del autogobierno de los entes públicos territoriales de ámbito local, que debe necesariamente ser respetado por el legislador para que dichas Administraciones sean reconocibles como entes dotados de autogobierno. Respeto igualmente exigible a las demás Administraciones en la aplicación de las leyes y en las relaciones con los entes locales, de conformidad con la interpretación realizada por la doctrina del Tribunal Constitucional", indicando en relación con el urbanismo que es "[…] indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios y sobre el cual, por tanto, extienden estos sus competencias, como señala la STC 240/2006 recordando lo declarado en la STC 40/1998. Ahora bien, en este ámbito confluyen intereses de diferente naturaleza y, por lo que aquí importa, de distinta intensidad y ámbito territorial, de suerte que únicamente cuando dichos intereses públicos concernidos rebasan el ámbito puramente local se legitima el control por parte de otras Administraciones".

Con tal punto de partida, no comparte la Sala del Tribunal Supremo el argumento que utiliza la Sala de instancia al afirmar que, como la Ley 6/1994, de 28 de


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

junio, sobre el Parque Regional en torno a los ejes de los cursos bajos de los ríos Manzanares y Jarama, al regular el procedimiento de elaboración del PRUG, no contempla como trámite específico el informe a emitir por los ayuntamientos, tal informe no es preceptivo, y que, en todo caso, la intervención de los ayuntamientos cuyos términos municipales se encuentren afectados queda garantizada por la posibilidad de intervenir en el trámite de información pública, y porque están presentes en la Junta Rectora del Parque, que, esta sí, ha de emitir informe preceptivo.

La interpretación del procedimiento diseñado en la Ley de la Comunidad de Madrid, 6/1994, de 28 de junio, para la aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Regional de referencia, en el aspecto concreto de la intervención de los ayuntamientos afectados, debe hacerse de forma que (1) se respete el derecho a la autonomía previsto a favor de los ayuntamientos; (2) se siga una interpretación armonizadora con la legislación básica estatal en materia medioambiental, en concreto de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres; y (3) se realice una interpretación sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, en concreto con las disposiciones contenidas en la LBRL y, de forma especial, con lo dispuesto en sus artículos 58.2 y 62.

Desde el punto de vista de la interpretación integradora con la Ley 4/1989, esta norma prevé, en su artículo 19.1, como trámite obligado en el procedimiento de aprobación del DRUG, que "Las Administraciones competentes en materia urbanística informarán preceptivamente dichos planes antes de su aprobación".

Después de examinar la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre el principio de autonomía local en el ámbito del urbanismo, la sentencia añade que la propia redacción literal del precepto, al utilizar el plural "las Administraciones competentes en materia urbanística", está partiendo, sin ningún género de dudas, de que el urbanismo es materia compartida entre los ayuntamientos y las comunidades autónomas, por lo que no existe razón alguna para que se prive a los ayuntamientos afectados de intervenir, siquiera sea mediante la emisión de informe que, además, no tiene carácter vinculante (*ex* artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Por otra parte, la propia norma enfatiza la necesidad e importancia de la emisión de informes, al calificar su emisión de preceptiva, sin duda no solo por el contenido del PRUG, que consiste en el establecimiento de "las normas generales de uso y gestión del Parque" (*ex* artículo 19 de la LCEN), con la afectación que ello supone respecto del suelo incluido en el término municipal, sino también por la incidencia que el PRUG tiene sobre el planeamiento urbanístico, ya que cuenta con superior rango jerárquico, tal y como se indica en el epígrafe 2 de ese mismo artículo, al disponer que "Los planes rectores prevalecerán sobre el planeamiento urbanístico. Cuando sus determina-

ciones sean incompatibles con las de la normativa urbanística en vigor, esta se revisará de oficio por los órganos competentes".

Por otra parte, atendiendo a una interpretación sistemática, el sistema de relaciones entre la Administración del Estado y la Administración de las comunidades autónomas respecto de las entidades que integran la Administración local se rige por la legislación básica de régimen local, siendo supletoria la regulación contenida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 9), lo que remite a la regulación contenida en el Capítulo II de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, artículos 55 a 62, de los cuales interesa destacar, a los fines del presente recurso, los principios contenidos en el artículo 55, y lo dispuesto en los artículos 58.2 y 62.

A tenor del artículo 55:

"Para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, de un lado, y las entidades locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas:

"a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.

"b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión este encomendada a las otras Administraciones.

"c) Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por estas de sus cometidos.

"d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas".

Por otra parte, dispone el articulo 58.2 que "En todo caso, las Administraciones que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados"; y, finalmente, el 62 señala que "En aquellos casos en que la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia, las leyes reguladoras de la acción pública en relación con la misma asegurarán, en todo caso, a las entidades locales su participación o integración en actuaciones o procedimientos conjuntamente con la Administración del Estado y/o con la de la comunidad autónoma correspondiente, atribuyéndole a una de estas la decisión final".


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

En fin, que la actuación sobre un mismo ámbito territorial de competencias por diversas Administraciones determina la necesidad de extremar las llamadas a la colaboración, junto a la lealtad constitucional, que ha de presidir la actuación de las Administraciones, y que constituye un principio ligado al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución, lo que no solo es puesto de relieve por la doctrina constitucional y jurisprudencial antes referida, sino que ha sido positivizado en la LRJPA, según se recoge en la Exposición de Motivos de esta. De modo que las relaciones entre las Administraciones deben asentarse sobre los principios de colaboración y cooperación, *ex* artículos 3.2 y 4.5 de la citada Ley. Igualmente, la coordinación ha de presidir la actuación de la Administración, según disponen los artículos 3.1 y 18.1 LRJPA, pues los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias se ajustarán, en sus relaciones con otros órganos de otras Administraciones, a los principios establecidos en el artículo 4,1 de la ley –que no son sino trasunto del articulo 55 de la LBRL–, y coordinarán su actuación con la que pudiera corresponder legítimamente a estos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.

Es cierto que la efectividad de estos principios depende, en gran medida, del grado de responsabilidad y compromiso de los poderes públicos. Pero en este contexto surgen técnicas que permitan hacer efectiva la necesidad de oír y hacerse oír, intercambiando información y puntos de vista entre las diferentes perspectivas que proporciona cada Administración. Ello nos conduce a una de las fórmulas más frecuentemente utilizadas al respecto, cual es la emisión de informes. Se propicia así la participación, por esta vía de informe, de otra Administración distinta de aquella que sustancia el procedimiento administrativo, cuando concurre la acción de ambas sobre el mismo objeto.

Esto es, pues, lo que debió observarse, con la correspondiente solicitud de informes a los ayuntamientos afectados, y su omisión determina la estimación del recurso y la anulación del PRUG, siendo claramente insuficiente, a los fines de participación de los ayuntamientos afectados, el argumento de que están representados en la Junta Rectora del Parque Regional, pues tal órgano, configurado con carácter consultivo en el artículo 20 de la Ley 6/1994, de creación del Parque Regional, es un órgano de carácter colegido en el que debían integrarse, según dispuso el artículo 21, además de "[…] la representación de los ayuntamientos cuyo término municipal se vea incluido en el ámbito del Parque Regional, los sectores socioeconómicos y laborales implicados, universidades, sociedades o grupos cuya finalidad primordial sea la conservación del medio natural, con conocimientos específicos sobre el ámbito, así como las consejerías de la Comunidad de Madrid con competencias sectoriales afectadas", no garantizando, precisamente por su carácter colegiado

y la formación de su voluntad por la mayoría de votos (*ex* artículo 26.4 LRJPA), la defensa de los diferentes intereses locales afectados. Añádase a ello que, en todo caso, el representante de cada ayuntamiento en este órgano no suple al Pleno del Ayuntamiento como órgano municipal competente para adoptar las decisiones más importantes en materia de urbanismo [*ex* artículo 22.2.c) LRBRL] y del que forman parte los diferentes grupos políticos municipales, que, así, tienen la posibilidad de intervenir en la conformación de la voluntad corporativa.

### 1.3.3. Competencias en materia de telecomunicaciones, urbanismo y sanidad. Pérdida parcial de objeto. Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (STS de 31 de enero de 2012, rec. de cas. 4182/2008, y STS de 26 de abril de 2012, rec. de cas. 1716/2009, aprobación definitiva del Plan Especial de Telefonía Móvil de Menorca)

La STS de 17 de noviembre de 2009 (rec. de cas. 5583/2007) formula por primera vez una declaración general sobre la potestad de los ayuntamientos para establecer, por razones de salubridad pública, medidas adicionales de protección a las contenidas en el Real Decreto 1066/2001. En dicha resolución se dijo:

"El riesgo [de] que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

"Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

"El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zo-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

nas sensibles –colegios, hospitales, parques y jardines públicos– estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas".

La doctrina establecida en dicha sentencia se mantuvo en sentencias posteriores, aunque aplicada con un marcado casuismo (STS, entre otras, de 15 de junio de 2010).

La STS de 4 de mayo de 2010, en relación con un precepto de la Ordenanza que imponía determinadas limitaciones a la instalación de estaciones radioeléctricas por razones medioambientales o paisajísticas y urbanísticas, precisó que la prohibición, repetidamente indicada por la Sala, de establecer restricciones absolutas, se refiere, "bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionadas en relación con los beneficios que la restricción puede revertir a los intereses municipales". Del mismo modo la STS de 13 de diciembre de 2010, examinando una ordenanza que prohibía la autorización de antenas y, en general, de instalaciones de comunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios, y en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio, decide, valorando la prueba practicada, en función de si esa limitación resultaba para la empresa recurrente una imposibilidad de prestar el servicio en esas zonas especialmente protegidas.

En definitiva, se aprecia una evolución de la jurisprudencia elaborada por la Sección Cuarta de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, según la cual los ayuntamientos estaban autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles, siempre que ello no supusiera para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

Sin embargo, la Sección Quinta de la misma Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de marzo de 2011, se enfrenta a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, y resuelve sobre la base de considerar si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.21 CE, ejercitada por lo que se refiere a la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001. Esta sentencia recoge la copiosa doctrina de la Sala que había considerado un límite infranqueable al ejercicio de las

competencias municipales la regulación de cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, pero hasta esta sentencia no se había cuestionado que las ordenanzas municipales pudieran imponer prohibiciones de instalación de estaciones radioeléctricas en las llamadas zonas sensibles, por considerar que se trataba de una regulación técnica ya agotada por el Real Decreto 1066/2001. La citada STS de 22 de marzo de 2011, en una doctrina que se repite en sentencias de 12 de abril, 14 de julio y 16 de noviembre del mismo año, concluye que se trata de un aspecto puramente técnico de la ordenación de las telecomunicaciones, en el que los ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado.

En esta línea, en 2012, vuelve a pronunciarse la Sala en SSTS de 31 de enero de 2012, rec. de cas. 4182/2008, y de 26 de abril de 2012, rec. de cas. 1716/2009**.**

Aunque el recurso quedaba limitado a las previsiones del Plan no anuladas en anteriores sentencias, se deja constancia de dos recientes pronunciamientos jurisprudenciales que confirman la línea jurisprudencial contenida en las SSTS de 22 de marzo, 12 de abril de 2011 y 14 de julio de 2011.

**1.º–** En la reciente STS de esta Sala y Sección de 16 de noviembre de 2011, RC 3833/2007, se declaró en el FD Sexto que "[…] las Administraciones locales no tienen competencia para predeterminar las condiciones técnicas de la red en condiciones incompatibles con el marco establecido en la normativa estatal (constituida por el Real Decreto 1066/2001 y normas concordantes)", a lo que se añadía en el FD Octavo, referido a las competencias municipales, que "[…] las limitaciones impuestas por la Ordenanza a la ubicación e instalación de la red únicamente tienen encaje legítimo dentro del ámbito competencial local en la medida que se ciñan a los aspectos urbanísticos en que la propia Ordenanza dice ubicarse, y no irrumpan en aspectos técnicos incompatibles o contradictorios con la regulación estatal".

**2.º–** Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la STC de 19 de enero de 2012, en relación con la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha, ha señalado (Fundamento Jurídico Sexto):

"[…] En virtud de sus competencias en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21.ª CE), corresponde al Estado la administración, gestión, planificación y control del espectro radioeléctrico, lo que incluye el establecimiento de las condi-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

ciones para el uso del mismo, así como funciones de inspección y comprobación técnica(s). En este sentido, interesa ahora destacar que el artículo 50 LG Telecomunicaciones 2003 dispone que será competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología la inspección de los servicios y de las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los servicios civiles, que contará con un servicio central de inspección técnica de telecomunicaciones (art. 50.2 LGT 2003).

"Las obligaciones que la legislación castellano-manchega establece respecto del mantenimiento de las instalaciones en condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como correlativamente, de revisión y subsanación de deficiencias, no han de entenderse referidas a aspectos relativos a la utilización del espectro radioeléctrico, al cumplimiento de las condiciones técnicas o a las características de las emisiones, aspectos todos ellos de competencia estatal, que la Ley castellano-manchega no aborda y en los cuales no pretende interferir. No debe olvidarse que esta Ley regula las infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones con la finalidad de preservar los intereses públicos que están encomendados a la Comunidad Autónoma y, singularmente, los intereses de ordenación territorial y urbana, el medio ambiente, el paisaje y la salud y la seguridad públicas.

"La imposición a los operadores de las obligaciones genéricas de mantenimiento de sus instalaciones en condiciones adecuadas de seguridad, estabilidad y conservación, así como de revisión periódica y subsanación de las deficiencias de conservación entra dentro de las competencias autonómicas en materia de urbanismo (art. 148.1.3 CE; art. 31.1.2.ª EACM), siendo esta previsión una regulación especial, en atención a las características de las instalaciones de telecomunicaciones, de la regulación urbanística clásica del deber general de los propietarios de conservar y mantener sus construcciones e instalaciones en condiciones adecuadas.

"Más problemática es la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la Ley autonómica.

"Esta regulación tiene dos finalidades distintas: la reducción de los niveles de emisión de los sistemas radiantes con la finalidad de proteger la salud y la minimización del impacto ambiental y visual. Son, por tanto, las competencias de sanidad (art. 32.3 EACM), protección medioambiental (art. 32.7 EACM) y urbanismo (art. 31.1.2.ª EACM), las que pueden ofrecer cobertura a la misma. En materia de urbanismo, las comunidades autónomas tienen competencias exclusivas (art. 148.1.3.ª CE), mientras que, en relación con la protección general del medio ambiente, cier-

tamente, las comunidades autónomas tienen competencias no solo de desarrollo de la legislación básica medioambiental, sino también para dictar normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE). En el ámbito sanitario, la competencia es igualmente compartida, correspondiendo al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE).

"En ejercicio de sus competencias en materia de telecomunicaciones pero también de sanidad, y más concretamente en desarrollo tanto de la LGT 1998 como de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el Estado ha dictado el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. En su artículo 44.1 la LGT 2003 dispone que, por vía reglamentaria, se regulará, entre otros aspectos 'el procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea' debiendo tales límites 'ser respetados, en todo caso, por el resto de las Administraciones públicas, tanto autonómicas como locales'. Y en el artículo 1 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, se afirma que su objeto es el 'el desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al establecimiento de condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, a la autorización, planificación e inspección de instalaciones radioeléctricas en relación con los límites de exposición a las emisiones, la evaluación de equipos y aparatos y el régimen sancionador aplicable', así como también el de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 'en relación con el establecimiento de límites de exposición para la protección sanitaria y la evaluación de riesgos por emisiones radioeléctricas'.

"A esos efectos, en el artículo 6 del Real Decreto 1066/2001 se regulan los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas fijándose las restricciones básicas y los niveles de referencia, estableciéndose que 'con el fin de garantizar una adecuada protección de la salud del público en general, se aplicarán los límites de exposición que figuran en el anexo II' y que estos 'se cumplirán en las zonas en las que puedan permanecer habitualmente las personas y en la exposición a las emisiones de los equipos terminales, sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones específicas en el ámbito laboral'. Y a continuación, en el artículo 7 del citado Real Decreto, dictado también en desarrollo de la Ley General de Sanidad según se dice en la Exposición de Motivos, se establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo, en coordinación con las comunidades autónomas y con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, evaluará los riesgos sanitarios potenciales de la exposición al público en


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

general a las emisiones radioeléctricas y desarrollará los criterios sanitarios destinados a evaluar las fuentes y prácticas que puedan dar lugar a la exposición a este tipo de emisiones con el fin de aplicar medidas para controlar, reducir o evitar esta exposición. Es más, se establece también que el Ministerio de Sanidad y Consumo adaptará al progreso científico el anexo II, teniendo en cuenta el principio de precaución y las evaluaciones realizadas por las organizaciones nacionales e internacionales competentes.

"Por su parte, el artículo 8 del Real Decreto 1066/2001, dictado en desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones, regula los requisitos para la autorización de estaciones radioeléctricas previendo que los operadores deberán presentar un estudio técnico competente que indique los niveles de exposición radioeléctrica en áreas cercanas a sus instalaciones radioeléctricas fijas en las que puedan permanecer habitualmente personas, que deberán cumplir los límites establecidos en el anexo II de este Reglamento. Y el artículo 9 contempla obligaciones de los operadores de certificación del cumplimiento de los límites de exposición establecidos en el anexo II, así como inspecciones técnicas estatales, disponiendo que se dará información sobre el resultado, tanto de las certificaciones como de las inspecciones, a las comunidades autónomas cuando así lo soliciten.

"En definitiva, el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones, está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control, en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones. Y correlativamente está regulando las condiciones y obligaciones que corresponden a los operadores de telecomunicaciones. Así lo evidencia el que precisamente en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, dictado al amparo del título competencial de telecomunicaciones (Disposición final sexta), se establezca entre las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas (art. 18.e) la de 'respetar las limitaciones establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y en su normativa de desarrollo en relación con las emisiones radioeléctricas y la exposición al público a campos electromagnéticos'.

"De acuerdo con lo que se deduce de la propia regulación estatal, la determinación por el Estado de los niveles tolerables de emisión no se basa en la competencia de telecomunicaciones, sino en la competencia para establecer las bases en materia de sanidad *ex* art. 149.1.16 CE. Es preciso, por tanto, afirmar que la norma que es-

tablece los niveles de emisión y que sirve de canon de constitucionalidad del precepto autonómico, satisface los requisitos, tanto de orden material como formal, que han de reunir las normas básicas, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 109/2003, de 5 de junio, FJ 4; 88/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 6). Desde una perspectiva formal, cumple con las exigencias constitucionales porque este Tribunal ha aceptado que las normas básicas sean de rango reglamentario siempre que tengan una conexión clara con una norma legal –como hemos visto que, efectivamente, ocurre en este caso– y que la remisión a la norma reglamentaria se justifique por la naturaleza de la materia; justificación que, en el supuesto que ahora nos ocupa, deriva del carácter marcadamente técnico de la regulación (por todas, STC 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 6). Desde una perspectiva material, el precepto también tiene carácter básico –calificación que corresponde a este Tribunal en control de la definición realizada por el legislador o el Gobierno estatal– pues establece unos estándares que garantizan en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir de los cuales cada comunidad autónoma puede, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto (por todas, SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5). En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el Estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

"Constatado el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión, es preciso concluir que las comunidades autónomas no pueden alterar esos estándares, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, no solo porque ello resulte contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, sino también porque de esa forma se vulnerarían, en último término, las competencias


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

legítimas del Estado en materia de telecomunicaciones. Procede, pues, declarar la inconstitucionalidad del inciso del artículo 7 de la Ley castellano-manchega en el que se obliga a los operadores a 'incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes'.

"En la misma STC (Fundamento Jurídico Cuarto) el Tribunal Constitucional deja constancia de –en realidad, reitera– su doctrina en la materia competencial que nos afecta, relativa a las telecomunicaciones:

"'El principal motivo de inconstitucionalidad de los preceptos recurridos se refiere a la vulneración del artículo 149.1.21.ª CE, esto es, a la invasión de la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y, específicamente, en materia de radiocomunicación, por lo que interesa recordar que este Tribunal, en diversas sentencias, ha conectado la materia telecomunicaciones con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas, es decir, del dominio público radioeléctrico (SSTC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4; 244/1993, de 15 de julio, FJ 2; 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 5 y 8; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 85), y ha señalado que *es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria –dada la unidad intrínseca del fenómeno– la utilización del dominio público radioeléctrico, y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación* (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4), mediante *la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias* (STC 244/1993, FJ 2). También se ha entendido que cae dentro de la competencia estatal, *ex* artículo 149.1.21.ª CE: la regulación del régimen de la autorización administrativa para la tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos, así como para hacer funcionar una estación o red de estaciones radioeléctricas, con el fin de que el Gobierno pueda proceder a la asignación de frecuencias así como a fijar las condiciones y características técnicas de cada estación o de cada tipo de equipo y aparato radioeléctrico, impidiendo interferencias perjudiciales (STC 167/1993, de 7 de mayo, FJ 3); la regulación del procedimiento para la autorización administrativa de la instalación y funcionamiento de las estaciones radioeléctricas receptoras de televisión trasmitidos en servicio fijo por satélite y la asunción en este campo de competencias de autorización, inspección y sanción con la finalidad de evitar interferencias y homologar y normalizar los equipos e instalaciones (STC 244/1993, de 5 de julio, FFJJ 4, 5 y 6); y las facultades de inspección y control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras de radio y televisión (STC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 6; y STC 108/1993, de 25 de marzo, FFJJ 2 y 3).

"'Finalmente, en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 85, se ha aclarado que *las infraestructuras comunes de telecomunicaciones guardan una relación más estrecha con el* régimen general de comunicaciones *que con la materia de telecomunicaciones en sentido estricto o que con la materia de medios de comunicación social* pues *en puridad, las infraestructuras de las telecomunicaciones ni constituyen un elemento propio del espectro radioeléctrico ni son elemento vinculado a la protección del derecho fundamental previsto en el art. 20 CE*. Las infraestructuras *se inscriben con naturalidad en el señalado* régimen general de comunicaciones *en cuanto aseguran la efectividad de las comunicaciones en todo el territorio nacional y con ello la virtualidad de las competencias estatales afectadas (art.149.1.21 y 149.1.27)* (STC 31/2010, FJ 85). Por ello, es preciso tener en cuenta que *esta competencia de régimen atribuida al Estado comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, FJ 4; y 38/1983, FJ 3); pero implica también un plus*, ya que *puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario* (STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6)' (nuevamente, STC 31/2010, FJ 85)".

Con este punto de partida anula el precepto y el título relativo a la determinación de "zonas saturadas" por falta de competencia del Cabildo Insular "para regular las zonas saturadas por razones de protección sanitaria mediante el procedimiento previsto para la delimitación de polígonos". "La saturación, si lo es por el nivel de radiación emitido o percibido, no puede ser regulada por el Cabido Insular de Menorca".

Puede, pues, señalarse que, conforme a la doctrina establecida en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en 2012, ni las comunidades autónomas ni las entidades locales pueden establecer medidas adicionales de protección diferentes a las establecidas en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por entender que exceden del ámbito de sus competencias, puesto que el Estado ostenta tal competencia. Y este criterio sustentado por la Sección Quinta, frente a lo mantenido por la Sección Cuarta, tendrá el respaldo del Pleno de la Sala en sentencia de 11 de febrero de 2013 (rec. de cas. 4490/2007), que fundamenta su decisión en la siguiente consideración: "Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el art. 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el art. 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen los límites de exposición al público en general a los


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como 'sensibles', que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante".

## 2. Derecho Tributario local

### 2.1. Consideraciones generales sobre la importancia de las tasas en las Haciendas locales

En los tiempos actuales, cuando se examina la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo sobre la Administración local, y más aún si se hace referencia a su financiación, resulta difícil, cuando no imposible, sustraerse a un enfoque condicionado por la crisis económica que soportamos, singularizada por unas características que la hacen especial.

Surge, como es sabido, en Estados Unidos en el verano de 2007, y se oficializa en Europa un año después, en el verano de 2008. Tiene diversas causas, pero, sobre todo, es la consecuencia de un proceso de desregularización del sistema financiero. Tiene una dimensión global, por los países afectados y por las respuestas económicas, políticas y jurídicas adoptadas por los Estados y las organizaciones supranacionales. Pero es, sobre todo, una crisis específicamente europea, consecuencia de la situación de la construcción de la Unión Europea, caracterizada, en este aspecto, frente a las federaciones, por la separación entre la política monetaria (competencia del Banco Central Europeo) y la política fiscal o económica en sentido estricto (competencia de los distintos Estados, aunque con la obligación de coordinarse, tal y como resulta del artículo 121.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Ello ocasiona disfunciones evidentes, porque los parámetros no avanzan al mismo ritmo en todos los países, y porque las políticas económicas y fiscales seguidas pueden conducir a distintos niveles de endeudamiento público y privado.

La Unión Europea exige unos límites al déficit público y un control presupuestario, con medidas que se traducen en acusadas restricciones al gasto de las Administraciones Públicas y una preocupación creciente por los ingresos y por la eficacia del sistema tributario.

Dentro del sector público español todas las Administraciones han sufrido, en mayor o menor medida, el impacto del déficit.

La Administración central ha sufrido las consecuencias de la crisis en una merma recaudatoria, especialmente en el IVA y en el impuesto de sociedades, a lo que hay que añadir el incremento del gasto por cobertura del desempleo. Las comunidades autónomas han visto también cómo sus ingresos fiscales, con un gran componente cíclico, se reducían drásticamente, fundamentalmente por el derrumbe del sector inmobiliario, al tiempo que sus gastos crecían por su carácter inelástico. La Seguridad Social dejó de tener superávit. Y en cuanto a las entidades locales, de una parte, han visto cómo se incrementaba la insuficiencia financiera endémica de que habla la propia Exposición de Motivos de la Ley reguladora de las Haciendas Locales; y, de otra, el gasto, aunque se ha mantenido en el 13 % del gasto total de las Administraciones Públicas (este último, sin embargo, en constante incremento), ha llegado a representar en 2010 el 45,6 % del PIB.

En este contexto, las corporaciones locales se han visto y se ven tentadas a implantar tasas, por la versatilidad y la amplitud de sus presupuestos de hecho (por ocupación de dominio público y por realización de actividades administrativas), con el objetivo de suplir una real insuficiencia de recursos. Se trata de un recurso tributario en el que la autonomía tributaria local del ente local sirve no solo para decidir si se establece o no su exacción, sino para determinar, con un cierto margen de actuación, su cuantificación.

Según los datos del Ministerio de Hacienda y Administración Pública, la recaudación obtenida en los últimos años a través de las tasas representa el 6,71 % de los ingresos totales financieros de los ayuntamientos. Y la propia Exposición de Motivos de la Ley de Tasas y Precios Públicos, Ley 8/1989, de 13 de diciembre, puso de relieve que "mientras la tasa y el precio son figuras prácticamente residuales en la financiación del Estado, su importancia es evidente en los presupuestos de las corporaciones locales donde han alcanzado notable desarrollo".

Un informe de la Federación Española de Municipios y Provincias (2008) recuerda "el recorrido que tienen las tasas y los precios públicos para financiar determinados servicios locales tradicionales, donde los usuarios están perfectamente identificados por su carácter divisible y donde, además, el componente retributivo de los mismos es inapreciable, lo que hace de estas figuras en todo caso un elemento esencial en la financiación local".

Así, como un pretendido remedio para las arcas municipales, se crean y aplican algunas tasas, como por ejemplo las del 1,5 % para las empresas explotadoras de suministros, tasas de telefonía móvil, y la tasa de cajeros, que tienen como principal destinatario el sector empresarial, y sobre las que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

Pero debe tenerse en cuenta, por una parte, que el principio de legalidad y, en general, los principios tributarios se erigen en garantía de los ciudadanos para evitar que las Administraciones Públicas creen bajo la denominación formal de tasa figuras tributarias que se corresponden, más bien, con la técnica de los impuestos; y, por otra parte, que el propio Derecho europeo, como veremos, impone unos límites que han terminado por excluir, en la forma en que había sido aprobado por las correspondientes ordenanzas municipales, el importante medio de financiación que para los ayuntamientos suponía la llamada tasa por aprovechamiento especial del dominio público local por operadoras de telefonía móvil.

Por tanto, no son necesarios muchos argumentos para resaltar la importancia del tema. La cuantía de los ingresos procedentes de la tasa y el número de litigios relacionados con ella que se han suscitado ante los tribunales, y, en especial, ante el Tribunal Supremo, son una manifestación evidente de la trascendencia de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales que, marcados por la incidencia y el condicionamiento del Derecho europeo, han apreciado la nulidad de las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de dicha tasa.

Por consiguiente, en el análisis de la jurisprudencia de 2012 sobre el Derecho Tributario local, destacaremos los pronunciamientos recaídos sobre las siguientes modalidades de tasas: por el paso de vehículos y carruajes, y por ocupación del dominio público local por operadoras de telefonía móvil. A ello añadiremos una breve consideración sobre la tasa de cajeros automáticos, aunque los pronunciamientos del Tribunal Supremo sean de 2009: SSTS de 12 de febrero de 2009 (rec. de cas. 6385/2006), de 22 de octubre de 2009 (rec. de cas. 5294/2006), y también de 22 de octubre de 2009 (rec. de cas. 32/2008).

### 2.2. Tasa de cajeros automáticos

En los mencionados pronunciamientos de 2009, el Tribunal Supremo ha reconocido la validez de este tributo, de manera que, conforme a su jurisprudencia, los ayuntamientos pueden establecer esta tasa, aunque partiendo de sus pronunciamientos pueden hacerse algunas precisiones.

En primer lugar, la necesidad de que las ordenanzas reguladoras de la tasa hagan una referencia expresa a su hecho imponible, no siendo suficiente con la sola regulación de sus tarifas específicas o cuantificación. No basta con la referencia genérica de tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, ya que es necesario complementar la cobertura legal que procede de la previsión del Texto Refundido de la LHL. Es, por tanto, preciso establecer, con precisión, en la co-

rrespondiente ordenanza reguladora, en qué consiste el aprovechamiento especial constitutivo de su hecho imponible.

En segundo término, no cabe exigir la tasa cuando el cajero se ubica no en línea de fachada con la vía pública, sino en el interior de la sucursal bancaria, puesto que no se da el hecho generador del aprovechamiento especial del dominio público.

Por último, es preciso insistir en la necesidad de una memoria económico-financiera que recoja el cálculo para fijar el valor de mercado que tendría el aprovechamiento especial del bien si no fuera de dominio público. Conforme a la jurisprudencia, la ausencia de dicha memoria es determinante de la nulidad de la ordenanza.

### 2.3. Tasa por el paso de vehículos y carruajes (STS de 7 de marzo de 2012, rec. de cas. 709/2010)

El Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 7 de marzo de 2012 (rec. de cas. 709/2010), anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por considerar que la memoria económico-financiera no reflejaba correctamente el valor de mercado del aprovechamiento especial del dominio público:

"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.

"El artículo 24.1 determina que 'el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

"'a) Con carácter general, tomando como referencia e! valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no 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'.

"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, 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 espe-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

cifica 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, 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 artículo 25 de referido Texto Refundido, al obligar a 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 de! coste de aquellos, respectivamente'.

"Sobre la importancia del estudio económico-financiero ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala, habiendo declarado que la ausencia formal del documento así como la insuficiente justificación de los valores de mercado de referencia que justifique el importe de la exacción supone un vicio de nulidad que afecta tanto a la propia Ordenanza como a las liquidaciones giradas en su aplicación (sentencias, entre otras, de 19 de octubre de 1999, 11 de noviembre de 1999 y 8 de marzo de 2002 y 9 de julio de 2009). Tal como se desprende de la jurisprudencia citada, la memoria económico-financiera puede resultar quizás el principal motivo de impugnación de una ordenanza reguladora del uso de vados. En esta línea, a través de la lectura del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1999 se deduce cómo el estudio económico-financiero no puede merecer la calificación de mero requisito formal que debe preceder a la aprobación de una 'ordenanza fiscal'. De esta forma, considera que su ausencia supone un vicio de nulidad que afecta tanto a la ordenanza reguladora de la tasa como a las liquidaciones en su aplicación giradas.

"También el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 233/1999, de 13 de diciembre, en relación con esta exacción, pero bajo la forma de precio público, afirmó la obligación de los entes públicos de justificar el establecimiento del mismo, previa la necesaria Memoria económico-financiera, al declarar en su Fundamento de Derecho 19 que 'tanto el valor de mercado como la utilidad constituyen criterios de indudable naturaleza técnica a los que la Administración local tiene necesariamente que acudir a la hora de determinar el importe de los precios públicos por la ocupación del dominio público. Ciertamente, el contenido exacto de tales magnitudes depende de variables a menudo inciertas; pero no ha de ser dudoso que tales variables y, por tanto, tales magnitudes, no son el resultado de una decisión antojadiza, caprichosa, en definitiva arbitraria, del ente público'. En definitiva, se trata de un instrumento de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, habida cuenta de que el cálculo de la tasa dependerá, sin

duda y en importantísima medida, de las conclusiones a que se llegue a la hora de concretar el valor de mercado de la utilidad derivada del bien de dominio público.

"A la vista de esta importancia, y en relación con la tasa de vado, conviene conocer cómo justifica el ayuntamiento la utilidad derivada de la concesión del uso del dominio público para el paso de vehículos. Por ello, si no se justifica, o la memoria no existe, la ordenanza sería nula. Así se desprende de los fallos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 16 de marzo de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 21 de febrero de 2000 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 14 de febrero de 2001 en la que se afirmaba que la Administración debe aportar un estudio económico-financiero que sirva de soporte al establecimiento o modificación de la referida tasa, procediendo a fijar cuál debe ser la valoración de la utilidad derivada.

"En el presente caso, como se reconoce en la propia propuesta de modificación de la ordenanza fiscal controvertida, existían modificaciones importantes, pues se introduce una fórmula polinómica de cálculo, respecto de la tasa por paso de vehículos, con inclusión de nuevos factores, como el ancho de la acera (tres metros siempre, sea cual sea la medida real), y la clase de aprovechamiento que viene determinado por la superficie construida del garaje-aparcamiento y por el uso, residencial o no, del inmueble, y otros parámetros de cuantificación, lo que obligaba a que el informe motivara con el suficiente detalle el incremento que representaba la modificación.

"Según la Sala de instancia el informe elaborado no justifica ni motiva debidamente la tarifa básica ni la anchura del aprovechamiento ni el factor corrector por clase de aprovechamiento lo que niega la recurrente, por lo que el problema esencial que se suscita es el de la suficiencia o no del informe técnico-económico emitido en orden a la justificación de la tasa establecida.

"Estos antecedentes resultaban imprescindibles a efectos de facilitar el posterior control jurisdiccional.

"Difícilmente podrá determinarse si el valor de mercado del que se parte resulta o no correcto si se desconocen los concretos valores catastrales iniciales del suelo utilizados y el método seguido para determinar el valor del mercado en el año 2005.

"Conviene significar que en el recurso 181/2006, promovido por la Asociación […] de Madrid, se practicó prueba pericial cuyo resultado no confirma la valoración a que llegó el informe económico-administrativo, al fijar en 1371,21 euros/$m^2$ el valor medio de repercusión para Madrid, frente a los 2725,50 euros/$m^2$ calculados


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

por el Ayuntamiento por utilizar otros valores distintos en cada una de las categorías de las calles. La sentencia dictada en dicho recurso determinó la casación núm. 4941/2009.

"Esta situación sirve para confirmar la necesidad de una explicación detallada de los parámetros utilizados y el acierto de la Sala al considerar insuficiente el informe en que se apoyó el Ayuntamiento para aprobar las modificaciones de la Ordenanza, tanto en la reforma de 22 de diciembre de 2005 como en la de 22 de diciembre de 2008, al desconocerse el proceso lógico a través del cual se determina el valor del mercado.

"[…] La sentencia recurrida, refiriéndose a la sentencia de 28 de diciembre de 2007 que anuló la modificación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 22 de diciembre de 2005 y en concreto el epígrafe B) Pasos de Vehículos, artículo 11 de la Ordenanza, hacía notar que en la sentencia de referencia se decía que 'que en este caso no es suficiente con expresar la fuente, sino que debería haberse aportado al expediente el informe de la Gerencia del Catastro que así lo dice, por lo que ante su ausencia el informe carece de un elemento esencial'. Se refiere la sentencia a un informe de la Gerencia Territorial del Catastro de Madrid-Capital realizado en octubre de 2004 según el cual se ha de multiplicar el valor catastral obtenido en el año 2000 por 2 para obtener el valor de mercado en el año 2001, por 3,5 en el año 2004 y por 4,5 en el año 2005, concluyendo la sentencia que 'nada de eso consta en el informe técnico-económico'. Pues bien, el informe técnico confeccionado en la preparación de la reforma de 22 de diciembre de 2008 contiene amplios comentarios y explicaciones acerca de la metodología de cálculo, teniéndose en cuenta diversos estudios de la Dirección General del Catastro, el antiguo Índice Fiscal de Calles, diversos estudios de la Comunidad de Madrid, informaciones facilitadas por las notarías y registros de la propiedad, etc. Pero lo cierto es que tales razones, que el Tribunal de instancia podría considerar suficientes, carecen de trascendencia dado que, como dice la sentencia recurrida, los amplios comentarios y la extensa introducción de la propuesta carecen de trascendencia pues a lo que se ha atendido no es a aquellas razones sino que la reforma se ha limitado a aplicar el IPC. Es más, la afirmación transcrita se encuentra confirmada por la propuesta en cuya primera página se insiste en la innecesariedad de confeccionar una memoria dado que la reforma, en este apartado, se limita a aplicar el IPC. En efecto, se dice en la propuesta que 'respecto de esta modificación, y en la medida en que se trata de una mera actualización del importe de las tarifas que viene determinada por la variación del IPC experimentada en el ejercicio anterior (2007), no se hace preciso realizar nueva memoria económico-financiera, toda vez que, el artículo 25 del

Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, según la interpretación que de él hace la jurisprudencia, exige el citado estudio económico-financiero, únicamente, en los supuestos de implantación de una tasa o una nueva tarifa y cuando se produzcan modificaciones sustanciales de las ya existentes, que no es el caso. Además, la misma jurisprudencia apunta que, tratándose de meras actualizaciones motivadas por la necesidad del mantenimiento de una presión fiscal constante, acorde con el IPC, no se requiere el mencionado informe técnico, bastando, al respecto, el que se elaboró en el momento de establecimiento de la tasa o de la última modificación sustancial producida'.

"Por ello la Sala de instancia no puede sino declarar a este respecto la nulidad de la reforma pues, en definitiva, la misma se ha limitado a aceptar las cuantías anuladas por la sentencia de la Sección Cuarta aplicándoles el IPC. Si aquellos cálculos fueron declarados nulos, forzosamente han de serlo ahora también puesto que la reforma se limita a aplicar a dichas sumas el porcentaje del IPC, sin que proceda hacer más comentarios.

"No queda claro en el artículo 25 del TRLRHL 2/2004 si resulta preceptiva la emisión del informe técnico-económico en aquellos casos no de establecimiento de una tasa sino de modificación de su cuantía, cuestión que sí queda clara en el ámbito estatal dado que el artículo 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en su redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, lo exige expresamente.

"A pesar de la jurisprudencia a que se hace referencia en la sentencia recurrida es lo cierto que en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica y el de equivalencia bien pudiera entenderse que la emisión de la memoria económico-financiera en los casos de incremento de cuantía de la tasa de vado debe considerarse preceptiva pues, como ha puesto de relieve autorizada doctrina, podría darse la situación de que en los casos de un elevado incremento de su cuantía o de una transformación esencial de sus elementos determinantes nos encontremos ante la existencia de una nueva tasa con el consiguiente abuso de derecho que supondría.

"[…] En cuanto al valor del aprovechamiento, la sentencia recurrida se remite a lo que decía la sentencia de 28 de diciembre de 2007 que recogía que 'nada se dice en el informe para justificar este porcentaje; el Ayuntamiento se apoya al contestar la demanda en una sentencia del TSJ de Andalucía, que acepta este criterio. Sin embargo, dicha sentencia se refiere al interés legal del dinero, lo que desde luego no es el interés de demora de las deudas tributarias, y en todo caso, entiende este Tribunal que el informe técnico-económico no explica la relación que existe entre el


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

interés de demora de las deudas tributarias y el valor de mercado de los bienes de dominio público. La omisión de esa explicación hace que el informe no se pueda entender suficiente tampoco en este punto'.

"La reforma recurrida en el presente litigio recoge el criterio analizado en la sentencia del TSJ de Andalucía, atendiendo al interés legal del dinero y abandonando el criterio anterior del interés de demora de las deudas tributarias.

"Respecto del factor corrector por clase de aprovechamiento la sentencia entendía el informe técnico-económico tampoco motivaba nada al respecto, lo que choca curiosamente con el propio texto normativo que detalla cada factor corrector, pero sobre lo que se carece de justificación alguna. La actora ya decía en su demanda que no se explica el porqué se ha acogido 0,8, 1, 2 o 5 y no otros distintos.

"La Sala tiene que compartir también en este punto la conclusión del Tribunal de instancia, ya que no podemos considerar justificada la mera decisión de tomar un porcentaje u otro, ya que el art. 25 del Texto Refundido exige la puesta de manifiesto del valor del mercado, en el informe técnico, lo que obliga a justificar la decisión. Otra interpretación supondría admitir que las entidades locales tienen potestad absoluta para fijar el importe de la tasa.

"No basta, pues, poner de manifiesto el criterio que se sigue, sino que la elección de una determinada magnitud viene revestida de una justificación razonable, que debe incorporarse al informe técnico.

"Ningún dato figura, sin embargo, en el informe que permita mantener que el coeficiente elegido constituye una media prudente de la rentabilidad de los activos que pueden emplearse para el cálculo de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público.

"[…] En relación con la superficie del aprovechamiento, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia de instancia es sumamente explícito en su determinación:

"'En cuanto a la determinación de la anchura de aprovechamiento, tanto en la norma anterior como en la que ahora se examina, se concreta en tres metros lineales. La sentencia anuló esta determinación pues, a su juicio, adolecía del mismo defecto ya indicado, pues no incorporaba justificación alguna. En el caso que nos ocupa, se hace constar que la de tres metros es la anchura de la acera según las previsiones urbanísticas para la localidad de Madrid, lo que se confirma por diversos estudios y que esa misma anchura es la que se utiliza en otras ciudades, como Barcelona, para el cálculo de la tasa. Pues bien, lo cierto es que a los folios 29 y 30

del expediente obra informe de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos en el que se examina la anchura de las aceras (único dato respecto del que surge la controversia) en el que se llega a la conclusión de que la anchura media de las aceras en Madrid es de 2,76 metros. Pese a ello, la reforma acoge el criterio de los tres metros sin que las razones (previsiones urbanísticas o dato tenido en cuenta por otros municipios) tengan fuerza alguna frente al dato contrastado de la anchura media. Por tanto, en este punto, se debe anular, asimismo, la ordenanza'.

"Solo existe un documento que cifra en 2,76 metros la anchura media de las aceras en Madrid. No se ha aportado ningún otro documento en el expediente administrativo que permita, ni tan siquiera sospechar, que la anchura media debe determinarse en los 3 metros que finalmente se toman en la fórmula polinómica. Acudiendo al expediente administrativo, se indicaban ciertas razones que justificarían la propuesta, así:

"1. Los diferentes estudios realizados.

"2. El Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobado por el Acuerdo Plenario de 17 de diciembre de 1996.

"3. Un estudio comparativo con otras ciudades, situando al Ayuntamiento de Barcelona, como ejemplo.

"Sin embargo, ninguna de dichas circunstancias justifica la cifra determinada. Así, por lo que corresponde a los estudios diremos que los mismos alcanzan una única conclusión clara, diáfana y objetiva: la anchura media de las calles del municipio de Madrid es de 2,76 metros, resultando que de los 21 distritos estudiados, tan solo 6 igualan o superan los 3 metros de ancho, por lo que no existe razón objetiva alguna para justificar que 3 deban ser los metros de ancho que se fijen como elementos para calcular la superficie.

"Sobre la planificación urbanística a través del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, decir que estamos en presencia de una norma urbanística de diciembre del año 96, no pudiendo tomarse de referencia más que para la planificación que se efectuase desde la fecha de aplicación de la norma hasta el momento presente y, obviamente, no para lo desarrollado en decenas de años anteriores, pareciendo absurdo acogerse a dichos datos, cuando el estudio del propio Ayuntamiento refleja objetivamente que no se alcanza la cifra de los 3 metros, llegando a más de un 62 % del total de las aceras del municipio que se sitúan por debajo de los 3 metros. Es por ello que esta circunstancia tampoco justificaría la decisión tomada.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

"Por último, la alusión al análisis comparativo con otras ciudades, citando al municipio de Barcelona, verdaderamente resulta sorprendente dicha argumentación pues cada municipio se conforma y se dota de la normas que entiende por conveniente y que se adecuen a su filosofía de municipio, por lo que no puede servir de ejemplo el que otras ciudades sitúen en tres metros el ancho de sus aceras. El Ayuntamiento de Madrid no cita las normas contenidas en el Ayuntamiento de Valencia, cuya Ordenanza reguladora de las tasa por vados, aprobada en el Pleno de 19 de diciembre de 1989 y sus modificaciones posteriores, la última de 25 de septiembre de 2008 (BOP 24 de diciembre de 2008), no solo no establece en 3 metros la achura de sus aceras, sino que es un elemento que no contempla para el cálculo de la tasa.

"De resultas de cuanto se ha indicado y del hecho de que ni tan siquiera la Administración en el recurso de casación dedica una sola palabra para justificar el porqué de los 3 metros, forzoso es concluir que ninguna de las razones aludidas tiene fuerza (como determina la Sala) frente al dato objetivo y contrastado de los 2,76 metros y por lo tanto debe determinarse que resulta nula por no respetar el artículo 25 LRLRHL.

"Sin duda que la justificación de la anchura de 3 metros debió figurar en el informe técnico, por lo que la Sala acierta al aceptar el reparo alegado en la instancia.

"No obstante, las circunstancias invocadas por el Ayuntamiento en la fase final del proceso de elaboración de la Ordenanza no pueden compartirse, ya que la fijación del ancho del paso que se toma con carácter general es irreal, no ya solo porque, como admite el propio Ayuntamiento, la anchura media de Madrid es de 2,76 metros, sino además porque lo más coherente es atenerse a la anchura real que se utiliza del dominio público para el paso, con el máximo en todo caso de tres metros de anchura ante las previsiones urbanísticas, al no existir imposibilidad de verificar la verdadera superficie. Así se actúa respecto a la longitud en metros lineales del aprovechamiento.

"[…] Finalmente, en lo relativo al factor corrector de calle (FCC) declara la sentencia recurrida: 'Pues bien, en la propuesta se recoge que *el factor corrector por categoría de calle (FCC) atiende a cada una de las categorías de calle que la Ordenanza Fiscal General de Gestión, Recaudación e Inspección, en su anexo, otorga. Este Índice Fiscal de Calles ha sido objeto de nueva propuesta, tal y como se deja constancia en la memoria económico-financiera, que empezará, a regir, en su caso, el día 1 de enero del próximo año. El coeficiente corrector de calle oscila entre un coeficiente 5 para las calles de 1.ª categoría y un coeficiente 0'8 para las calles de 9.ª categoría*. A la vista tales manifestaciones nos encontramos en la misma situación en la que se encontró el juzgador de 2007: la Administración no explica la

razón por la que se recogen esos índices (de 0,8 a 9), por lo que se debe anular la ordenanza en este aspecto'.

"Hay que reconocer que no existe justificación alguna en el informe en relación con este coeficiente corrector".

### 2.4. Tasa por ocupación del dominio público local por operadoras de telefonía móvil (STS 10 de octubre de 2012, rec. de cas. 4307/2009)

#### 2.4.1. Inicial postura de la jurisprudencia española

Puede hablarse de una etapa en la que los tribunales españoles, y, en especial, el Tribunal Supremo, cuando controlan las ordenanzas municipales reguladoras de la tasa por ocupación del dominio público local por operadoras de telefonía móvil, centran su análisis en la normativa nacional, considerando que el Derecho europeo no suscitaba especiales problemas, y que, conforme a la doctrina del "acto claro", no procedía plantea cuestión prejudicial ante el TJUE.

Con esta perspectiva, el Tribunal Supremo dictó dos pronunciamientos significativos. Uno es la STS de 16 de julio de 2007, recaída en el recurso de casación en interés de ley 26/2006, que establece la siguiente doctrina legal: "La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil".

El segundo pronunciamiento es la STS de 19 de febrero de 2009 (rec. de cas. 5082/2005), que considera ajustada a derecho la tasa examinada, sin suscitar cuestión alguna sobre la conformidad con el Derecho europeo. Entiende que la realización del hecho imponible de la tasa no está vinculada exclusivamente a la titularidad de las redes o instalaciones en el dominio público local, sino que es suficiente con que haya un aprovechamiento especial del mismo, sirviéndose de las redes e instalaciones de otras operadoras, a cuyo efecto se concede especial importancia a la utilización generalizada de las redes de telefonía fija para la prestación de la telefonía móvil en determinados tramos de la comunicación.

En cuanto al método de cuantificación, diversas sentencias de tribunales superiores de justicia declararon ya la nulidad de la previsión contenida en las ordenan-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

zas, por entender que el cálculo de la utilidad o del valor de mercado de los bienes de dominio público utilizados para la prestación de servicios de telefonía móvil no se correspondía con las estimaciones del valor de los servicios prestados por los operadores a sus clientes radicados en el municipio, ni los informes técnicos-económicos elaborados para la justificación de la tasa ponían, adecuadamente, en relación los usos de mayor o menor intensidad del dominio público local con la cuantía de la tasa que se contemplaba.

Sin embargo, la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 2009, confirma el método de cuantificación de la Ordenanza enjuiciada. Razona que "para determinar 'el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público' como exige el art. 24.1.a) LHL, el Informe económico elaborado incluye una serie de cálculos que, como dicho precepto exige, se corresponden con 'los criterios o parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada' y que se señalan en la propia Ordenanza Fiscal, 'atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate'".

La legislación aplicable no establecía criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculos siempre que se respete el límite contenido en el artículo 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público; por ese motivo y ante la libertad de los entes locales para establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respetasen los parámetros y criterios reseñados, el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la ley aplicable permitía, establece un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en el de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria.

Ciertamente que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos de los empleados en la Ordenanza impugnada. Pero, en cualquier caso, lo que, en esta ocasión, pareció indudable al Tribunal Supremo es que la disposición de que se trataba, así como el Informe técnico elaborado, descansaban sobre criterios que, con independencia de que se compartiesen o no, aparecían explicitados con la suficiente claridad, de modo que no podía considerarse infringido, en ningún caso, el artículo 25 de la LHL.

En el supuesto que nos ocupa la sentencia recurrida tuvo por probado que el Informe económico aportado al expediente administrativo cumplía con las previsiones de la normativa y jurisprudencia aplicables, considerando, en cambio, que la recurrente se había limitado a oponer la concurrencia de una serie de imprecisiones y contradicciones en el meritado Informe económico, sin aportar elemento probatorio alguno que viniese a corroborarlas.

Por consiguiente, parece que de la mencionada sentencia podían extraerse las siguientes conclusiones:

1.º) Como la legislación no impone un concreto sistema de cuantificación, las entidades locales podían válidamente utilizar cualquier sistema siempre que resultara suficientemente motivado y observara el límite que derivaba del artículo 24.1.a) LHL, esto es que atendiera al valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público.

2.º) Si el concreto Informe económico utilizado cumplía con la indicada orientación, pesaba sobre la operadora de telefonía móvil recurrente la carga de acreditar la inadecuación de aquel mediante la práctica de la correspondiente prueba.

### 2.4.2. La fase actual de la jurisprudencia. El marco normativo europeo. STS de 10 de octubre de 2012 (rec. de cas. 4307/2009). La cuestión prejudicial

El Derecho europeo no contiene normas de armonización fiscal, en sentido estricto, de los tributos que gravan los servicios de telecomunicaciones. Las directivas de 2002 (marco 2002/21 CE, 2002/20 CE autorización, 2002/19 CE acceso y 2002/22 CE servicio universal) que regulan el sector, lo que hacen es establecer una serie de requisitos específicos y limitaciones a las potestades tributarias de los Estados miembros, con dos finalidades: de una parte, garantizar el desarrollo de un sector que se considera prioritario para el progreso económico y para el mejor ejercicio de las libertades comunitarias, en particular de la libre prestación de servicios al mismo; y de otra, asegurar la competencia dentro del mercado de las telecomunicaciones y un esquema de fijación de precios que sufra las menores distorsiones posibles.

Resulta evidente que de la regulación europea no puede desprenderse cuál ha de ser el contenido concreto de las tasas municipales sobre las instalaciones en el dominio público local de las que se sirven las operadoras de telefonía móvil, pero lo que sí establece son unos límites generales y otros específicos que no pueden ser sobrepasados en el ejercicio de la potestades tributarias por parte de las autoridades que las ostenten en los Estados miembros. Límites, por otra parte, que no siempre se enuncian con total claridad, sino que se deducen de los objetivos de las directivas y de la exégesis o interpretación que de dichas normas realiza el TJUE.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

Por consiguiente, en la medida en que el TJUE ha venido aclarando, desarrollando e interpretando tales limitaciones, su criterio constituye lo que la doctrina denomina como armonización fiscal negativa o de segundo grado, ya que despeja las dudas que se planteaban sobre lo que, con el exclusivo parámetro de la legalidad, no era posible regular y aplicar en los Estados miembros, por contravenir el Derecho europeo.

El protagonismo asumido por la jurisprudencia del TJUE y su carácter expansivo en materia tributaria, han hecho que la doctrina utilice el término de "armonización fiscal indirecta", "negativa" o de "segundo grado" para referirse al resultado de dicha interpretación, y marcar la diferencia con la llamada "armonización de primer grado" o "positiva", que reserva para designar la que se realiza por medio de directivas.

En definitiva, la doctrina del TJUE tiene un efecto limitador de la soberanía fiscal, debido precisamente a la ausencia de una armonización fiscal normativa y a la expansión creciente de las libertades comunitarias europeas, circunstancias ambas que han permitido un acercamiento de la fiscalidad de los distintos Estados miembros, muy significativamente en el ámbito de la imposición directa.

El artículo 12, apartado 1.º de la Directiva autorización dispone que si un Estado miembro impone tasas administrativas a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso, deberán estas cubrir solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2.º del artículo 6, pudiendo quedar incluido el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de Derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión. Se exige, además, que tales tasas se impongan de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven.

Por tanto, este artículo contempla figuras tributarias remunerativas, puesto que tienden a compensar por el acto o el servicio que afecta al sujeto pasivo. Se trata de cubrir los gastos administrativos en que se incurre para adoptar la decisión sobre las autorizaciones generales, los derechos de uso y las obligaciones específicas.

El artículo 13 de la misma Directiva autorización, relativo a "cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos", dispone que los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por derechos

de uso de radiofrecuencias, número o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de las misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/21 CE (Directiva marco).

Esta norma, a diferencia de la anterior, se refiere a tributos que no responden a la idea de contraprestación y que, a juicio del Tribunal Supremo, reúnen la naturaleza de los impuestos, si bien con afección singular, ya que no se trata de retribuir los gastos realizados por la Administración para la concesión y gestión de los derechos de uso y obligaciones específicas, sino de buscar la mejor manera de explotar los recursos escasos, como las radiofrecuencias y los números, y de compensar por el uso exclusivo de propiedades públicas o privadas para la instalación de recursos.

Se impone a los Estados miembros la obligación de tener en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco, precepto que define los objetivos generales y los principios reguladores que los Estados miembros deben garantizar al incorporar al Derecho interno el conjunto de directivas de 2002, y que se traducen en una regulación tecnológicamente neutra que promueva la diversidad cultural y lingüística así como el pluralismo de los medios de comunicación, la competencia en el sector, el desarrollo del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo planteó ante el TJUE cuestión prejudicial (asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11, Vodafone España y Telecom España) que fue resuelta por la STJUE de 12 de julio de 2012.

Ante la alegación efectuada por las operadoras recurrentes de que se infringían las referidas directivas, y, en particular los mencionados artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, el Tribunal Supremo, a la vista de la obligación que le impone el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), plantea cuestión prejudicial mediante sendos autos dictados en los recs. de cas. 4307/2009, 861/2009 y 4592/2009.

Las cuestiones prejudiciales suscitadas fueron las siguientes, relativas a la interpretación del artículo 13 de la Directiva autorización:

1.º) Si permitía el establecimiento de un canon por derechos de instalación de recursos en el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

2.º) Si permitía las condiciones en que el canon era exigido por los municipios recurridos, pues no tenía claro (el Tribunal Supremo) si satisfacían los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que el mencionado precepto exige.

3.º) Si la disposición reunía las condiciones para que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, gozara de efecto directo.

El Tribunal Supremo formuló la segunda cuestión, la relativa a la determinación del montante 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 autorización un sistema que exige el canon también a las compañías de telefonía móvil que son titulares de la red que usan para prestar el servicio.

En las conclusiones que presentó el 14 de marzo de 2012, la abogada general Eleonor Sharpston propuso al TJUE las siguientes contestaciones: que el artículo 13 de la Directiva autorización tiene efecto directo; que no autoriza a los Estados miembros a imponer a las operadoras de telefonía móvil un canon por el uso de los recursos instalados en el dominio público local que sean propiedad de otras empresas, y que un canon no satisface los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni el de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guarden relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso resultante del uso efectivo que haga esa empresa de dicho recurso.

En la sentencia de 12 de julio de 2012 (asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11, Vodafone España y Telecom España) el TJUE (Sala cuarta, integrada por cinco jueces), siguiendo a la abogada general, resuelve que el artículo 13 de la Directiva autorización tiene efecto, confiriendo, por ello, a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con el mismo; y que debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil. A la vista de la respuesta dada a este interrogante, primero de los suscitados por el Tribunal Supremo, el TJUE considera innecesario contestar a la segunda cuestión, por el orden en que fue planteada por el Tribunal Supremo, relativa a la cuantificación de la tasa, al entender que no resultaba necesaria para resolver los recursos de casación.

Las sentencias interpretativas del TJUE tienen efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial y que, por tanto, ha de atenerse al criterio del Tribunal europeo, aplicándolo en el razonamiento jurídico que resuelva el proceso; en este caso, en los recursos de casación en que se plantearon las cuestiones.

Si bien debe tenerse en cuenta que la interpretación que concreta la STJUE por el cauce del artículo 256 TFUE no tiene efecto de cosa juzgada, sino de cosa juzgada por vía prejudicial de manera objetiva y abstracta.

Por otra parte, sus efectos son *erga omnes*, y todo aplicador de la norma europea a que se refiere la sentencia –en este caso, muy singularmente, los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización– debe entenderla en el sentido fijado por el TJUE. Se erige, así, en auténtica interpretación con fuerza obligatoria y preeminente para cualquier órgano jurisdiccional que aplique dichas normas, como consecuencia del principio de primacía del Derecho europeo sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Ahora bien, en sus sentencias, el Tribunal Supremo no se autolimita en la forma en que lo hace el TJUE en su decisión. Dado que se trata de recursos de casación contra sentencias que resuelven impugnaciones directas y que las compañías no propietarias, pese a no quedar sujetas a pagar la tasa por la doctrina y decisión del TJUE, tienen legitimación para impugnar el contenido íntegro de las ordenanzas, considera que debe responder a la impugnación relativa a la cuantificación, cuestión sobre la que no se pronunció el TJUE.

El Tribunal Supremo considera que debe pronunciarse sobre esta última cuestión porque la regulación de la cuantificación de la tasa parte de la premisa de que todos los operadores de telefonía móvil, propietarios y no propietarios de las redes, realizan el hecho imponible y son sujetos pasivos.

Y, en cuanto a la mencionada cuantificación, el Tribunal Supremo sigue el criterio de la abogada general Sharpston, resolviendo que el sistema que se fundamenta en la cuota de mercado de las operadoras desconoce los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación exigidos por el artículo 13 de la Directiva autorización, pues puede conllevar desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio.

De esta manera, dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas con fecha de 15 de octubre de 2012 (rec. de cas. 861/2009 y 1085/2010) representan el comienzo


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

de una nueva etapa en la jurisprudencia del Alto Tribunal, con una larga proyección en numerosas sentencias posteriores, que se caracteriza por la asunción y aplicación de las limitaciones derivadas del Derecho europeo a las distintas ordenanzas fiscales enjuiciadas que regulan la tasa por ocupación del dominio público local por operadoras de telefonía móvil.

En general, los pronunciamientos del Tribunal Supremo se concretan en una doble anulación: de una parte, de cualquier previsión que, al delimitar el hecho imponible o el sujeto pasivo, grave con la tasa cualquier ocupación "con independencia de quien sea el titular de aquellas" (de la instalación o redes); y, de otra, de la cuantificación de la tasa realizada, aplicando el 1,5 % a los ingresos obtenidos en el municipio por las operadoras de telefonía móvil, atendiendo a sus respectivas cuotas de mercado.

De acuerdo con las explicaciones técnicas de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (resolución de 7 de septiembre de 2010), las redes fijas utilizan, en la mayoría de los casos, tecnologías que se sustentan en medios cableados situados en el suelo, subsuelo y vuelo del dominio público. Por el contrario, las redes móviles no emplean dichos medios cableados como medio de acceso al usuario, sino que utilizan el interfaz aire mediante ondas hercianas como medio físico de acceso. Además la red acceso de las redes móviles no se encuentra circunscrita a la conexión entre la terminal del usuario y el primer elemento de la red del operador (estación base), sino que esta se extiende más allá. Dentro de las redes de acceso de los operadores móviles, además de las estaciones base encargadas de suministrar cobertura a los usuarios, existe una serie de equipos junto con los enlaces definidos para conectarse entre ellos y con la red troncal.

Estos datos técnicos implican que el uso que realizan las redes móviles del dominio público local sea, al menos en el tramo de acceso, significativamente menos intensivo y extensivo que el realizado por los operadores de redes fijas, al no necesitar el uso del dominio público local para realizar el último tramo de conexión entre el usuario y el primer el elemento de la red.

Dichos elementos y enlaces son los que deben analizarse para evaluar el uso que realiza la red de acceso de un operador móvil del dominio público local. Y aunque no es posible establecer un patrón de uso de dominio público por parte de los operadores de telefonía móvil, puesto que depende de distintas variables, como el tipo de núcleo de población y el plan de despliegue de la red, no obstante, parece indudable que es significativamente menor que el de los operadores de telefonía fija.

Puede darse, además, el supuesto de que un operador móvil no disponga en un municipio de ningún elemento de red, ni propio ni ajeno, que ocupe dominio

público local, y en estos casos resultaría que no realizarían el hecho imponible de la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público local.

A la pregunta formulada por el Tribunal Supremo consistente en si puede gravarse con una tasa como la contemplada no solo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos, el TJUE responde:

a) En el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (*cfr.* SSTJUE de 18 de julio de 2006, *Nuova Società di Telecomunicazioni*, C-339/04, y de 10 de marzo de 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10).

b) Según se desprende de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, control y ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencia o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, por encima o por debajo de la misma.

c) La cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon "derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma", en virtud del artículo 13 de la Directiva autorización, permite incluir a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil, explotando así el dominio público.

1.º) La Directiva autorización 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 esa instalación.

2.º) Sin embargo, el artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco, considera que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

3.º) Los términos "recursos" e "instalación" remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

Por ello, la STJUE de 13 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, Vodafone España, S.A. y Ayuntamiento de Santa Amalia, Ayuntamiento de Tudela, France Telecom España y Ayuntamiento de Torremayor) concluye:

–) Únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en le propiedad pública o privada de que se trate, por encima o por debajo de ella.

–) No puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de "canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma", puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil, explotando así ese dominio público.

–) El artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo considera que el tenor literal del artículo 13 de la Directiva, y una interpretación sistemática del conjunto de directivas de 2002, abonan la conclusión de que el canon únicamente puede imponerse al titular de los recursos instalados, y no a los operadores que meramente tienen acceso a la red y la usan. En definitiva, la posibilidad de imponer canon por los "derechos de instalación de recursos" se está refiriendo exclusivamente a aquellas empresas autorizadas a suministrar redes de telecomunicaciones, y, por consiguiente, a las que se habilita para instalar los pertinentes recursos en el suelo, subsuelo o vuelo de los terrenos públicos o privados.

El Tribunal Supremo, en sus últimos pronunciamientos, de manera reiterada anula los sistemas de cuantificación incorporados a las ordenanzas fiscales que

examina, siguiendo el criterio expresado en las conclusiones de la abogada general Eleonor Sharpston, formuladas en las cuestiones prejudiciales planteadas. En ellas se señala que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del art. 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con disponibilidad de acceso a un recurso 'escaso' resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso".

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

En realidad no es la primera vez que se plantea ante el TJUE la compatibilidad con el Derecho europeo de tributos a las compañías operadoras de telefonía móvil calculados en función del volumen de negocio (STJUE 2003/275, de 18 de septiembre).

El Derecho europeo exige que la cuantificación de los cánones o tasas respete la necesaria transparencia, no discriminación, objetividad y proporcionalidad, desde cuya perspectiva parece oportuno examinar las previsiones de las ordenanzas examinadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A.– Transparencia. Las ordenanzas objeto de impugnación cumplen con el requisito de transparencia impuesto por la Directiva en cuanto se refiere a los procedimientos normativos, al acceso a los expedientes de aprobación y a la publicidad de la norma. Los problemas surgen porque las reglas de cálculo de la tasa no guardan relación con el valor real del aprovechamiento.

Los mayores reparos, desde el punto de vista de la transparencia, se producen porque los informes económicos para la aprobación de las tasas incorporan criterios de cálculo cuya correlación con los valores de mercado de la propiedad pública, o


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

de la utilidad obtenida de su utilización, resulta difícil de interpretar, o es inexistente y, en consecuencia, impredecible para los operadores que se planteen el despliegue de una de red de comunicaciones o de alguno de sus elementos.

B.– Justificación objetiva de la tasa. Un canon establecido al amparo del artículo 13 de la Directiva autorización no está objetivamente justificado si su importe no guarda relación con la intensidad del uso del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso. A este respecto, la Directiva autorización considera que pueden imponerse a las empresas cánones por los derechos de instalación de recursos.

Los Estados miembros no pueden imponer cánones por derechos de instalación de recursos que supuestamente reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de los "derechos de paso", pero no estén basados en parámetros relacionados con ese objetivo, como la intensidad, la duración o el valor del uso que hace la empresa de la propiedad en cuestión o los usos alternativos que puedan hacerse de dicha propiedad.

El uso de recursos afecta a la disponibilidad de los "derechos de paso". Por tanto, debe ser posible determinar el importe del canon de forma que refleje la intensidad de uso del recurso escaso, así como sus usos alternativos.

La finalidad principal de un canon basado en los ingresos brutos obtenidos por una compañía consiste en generar ingresos, lo cual no constituye una justificación objetiva para un canon en el sentido del artículo 13. El TJUE ha declarado que el cálculo de un canon en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, basado en el volumen de negocios, incrementa considerablemente el importe adeudado, y por ello "crea un obstáculo significativo a la libre prestación de los servicios de telecomunicaciones". El hecho de que el canon pueda afectar en mayor medida a los operadores dominantes no desvirtúa esta conclusión.

No se cumple con la objetividad si el gravamen establecido por la ordenanza basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil, ya que es necesario que el importe guarde relación con la intensidad de la utilización del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso.

No existe objetividad si un tributo que grava la utilización de los bienes de dominio público local es del mismo importe, cualquiera que sea la utilización realizada de los mismos, que no varía en función de que el sujeto pasivo sea el titular de las instalaciones en el dominio público o el perceptor de un servicio prestado por el primero, y si se aplica del mismo modo a quien tiene todas sus instalaciones en

bienes de dominio público y a quien las tiene, en todo o en parte, en bienes de propiedad privada.

C.– Proporcionalidad. Un canon no es proporcionado si se basa en parámetros y se fija en una cuantía que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos "escasos" que el canon aspira a proteger.

Así sucede si el canon es tan elevado como para disuadir de invertir en la instalación de redes y recursos, obstaculizando la competencia, o tan reducido que no contribuye a la gestión eficaz del recurso.

En la fórmula utilizada por los ayuntamientos, el único parámetro relevante es el número de líneas telefónicas fijas instaladas en el municipio en un determinado año. Esta cifra no guarda relación con el uso concreto hecho por el operador de telefonía móvil de los recursos pertenecientes a otra empresa. Como tampoco la cuota de mercado del operador de telefonía móvil en el mercado local tiene ninguna correlación evidente con la intensidad de su uso del dominio público local en que se encuentran instalados las correspondientes redes y recursos asociados, aun cuando pueda vincularse con la necesidad de acceder a esas redes y recursos y de interconectar con ellas.

Por lo que respecta al consumo medio de telefonía móvil por unidad urbana, el número de habitantes y el consumo medio de teléfono y servicios por telefonía móvil, tales parámetros podrían tener una relación con la intensidad de su uso de las redes y recursos pertenecientes a otra empresa. No obstante, no parecen tener relación alguna con los servicios de telefonía móvil efectivamente prestados por el operador que paga la tasa, y para los que se usaron recursos instalados en el dominio público.

El tributo resulta desproporcionado si ponemos, de nuevo, en relación la naturaleza de la tasa con la forma de determinar su cuantía, pues si de lo que se trata es de gravar la utilización privativa del dominio público, el medio elegido para su cuantificación resulta por completo ajeno a la finalidad del tributo, al acudir a un parámetro económico como el volumen de negocio local u otros semejantes, que no tienen que ver con la intensidad de la utilización del dominio público, y que llevan al absurdo de gravar de la misma manera a quien tiene todas sus instalaciones en propiedades privadas que a quien las tiene en bienes de dominio público.

D.– No discriminación. Un gravamen es discriminatorio cuando se tratan de forma diferente situaciones comparables, dando lugar a una desventaja para determinados operadores en relación con otros, sin que esa diferencia de trato esté justifi-


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013

cada por la existencia de diferencias objetivas de cierta importancia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las tasas impuestas a operadores que hacen un uso comparable de un recurso no son equivalentes en términos económicos, o cuando las impuestas en relación con usos distintos son equivalentes.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el caso de la cuestión prejudicial en la que recaen las conclusiones de la abogada general Eleonor Sharpston, de fecha 22 de marzo de 2012, decidir si los operadores de telefonía móvil y fija, independientemente de su lugar de constitución, que utilicen recursos instalados en propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de esta, se encuentran en situaciones comparables. A este respecto, considera pertinente determinar si, para prestar sus servicios, utilizan un acceso a los recursos de otra empresa instalados en una propiedad pública (o privada), o una interconexión con dichos recursos, que sean comparables, y si se encuentran en una relación de competencia.

En el caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que se encuentran en situaciones comparables, el importe adeudado por el uso que hacen de los recursos de otra empresa debe calcularse basándose en los mismos parámetros objetivos. Ello está, asimismo, en consonancia con la obligación de evitar la discriminación por el uso de una tecnología específica. A este respecto, por ejemplo, si los operadores de telefonía fija que interconectan con los recursos de otra empresa pueden deducir los costes de interconexión del canon adeudado al municipio, los operadores de telefonía móvil que se encuentren en circunstancias similares también deben tener esta posibilidad.

La abogada general no considera relevante con arreglo al artículo 13 que el usuario sea o no propietario de los recursos. Lo importante a efectos de esta disposición es el hecho que genera la obligación de pagar la tasa. Por tanto, el mismo criterio debería aplicarse para determinar las obligaciones de los operadores de telefonía que no son propietarios de los recursos, y las de los que sí lo son y hacen uso comparable de ellos. En tales circunstancias, y dando por supuesto que el Derecho nacional también impone un canon por los derechos de instalar recursos, una respuesta afirmativa a la primera cuestión implicaría que determinadas empresas podrían tener que pagar un canon por instalar los recursos y también por usarlos.

La abogada general, en cambio, considera que las empresas que instalan recursos, sean o no operadoras de telefonía móvil, no están en una situación comparable a los operadores de telefonía móvil que utilizan los recursos de otra empresa. El uso que hacen los primeros del dominio público afecta directamente a la disponibilidad del acceso de ese recurso y limita los derechos exclusivos del propietario sobre él,

mientras que el uso que hacen los segundos carece de tal efecto. Desde un punto de vista económico, ambos tipos de uso no pueden considerase equivalentes.

La conclusión de la abogada general es que un canon no se ajusta a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, y en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso.

El análisis de la posible discriminación requiere una valoración conjunta de la posición de los distintos operadores y de la propia naturaleza de la tasa por la utilización del dominio público, pues no estamos ante un impuesto sobre la actividad económica de los operadores. Si consideramos que la tasa grava tanto a quien ocupa el dominio público con sus instalaciones como al que no lo hace y simplemente recibe un servicio del primero, debe admitirse la no comparabilidad de situaciones y la discriminación que se produce por el trato idéntico a quienes tienen posiciones distintas frente al hecho relevante, que es el uso del dominio público.

Desde este punto de vista no parece aceptable equiparar, a los efectos del uso del dominio público, al titular de la red con los operadores que, sin ser titulares, obtienen el acceso a la misma, porque la titularidad de los medios instalados en el dominio público es algo distinto de la obtención de un servicio de paso o de otra naturaleza.

También resulta discriminatorio el establecer la misma tasa con independencia de la intensidad del uso de dominio público, cuando el hecho imponible es precisamente la utilización privativa del dominio público.

Esta discriminación, por otra parte, puede resultar contraria al interés general de fomentar el uso compartido de las redes, pues el tributo local a satisfacer es el mismo si el servicio se presta con redes propias o ajenas.


Anuario del Gobierno Local 2012
ISSN: 2013-4924, págs. 229-284
Fecha de publicación: mayo 2013