

**CARMEN RIBAS BUYO**  
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :14/05/15  
M/ REF.: 7481  
LETRADO:AMADO MARTINEZ RUIZ  
FINE PLAZO:

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

**CUESTIÓN DE ILEGALIDAD registrada como recurso ordinario núm. 185/2015.**

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

**S E N T E N C I A N º. 458**

**Ilmos. Sres.**

**PRESIDENTE**

**D. RAMON GOMIS MASQUÉ**

**MAGISTRADOS**

**Dª. ANA RUFZ REY**

**D. JOSÉ LUIS GÓMEZ RUIZ**

En la ciudad de Barcelona, a treinta de abril de dos mil quince.

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA)**, constituida para la resolución de este procedimiento especial, ha pronunciado, en el nombre del Rey, la siguiente sentencia referida a la Cuestión de Ilegalidad planteada por el Juzgado Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona, en el procedimiento ordinario núm. 158/2012, interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en la actualidad denominada ORANGE ESPAGNE, S.A.), representada por la Procuradora Dña. María del Carmen Fuentes Millán, contra el AYUNTAMIENTO DE TERRASSA, representado por la Procuradora Dña. CARMEN RIBAS BUYO.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Ramon Gomis Masqué, quien expresa el parecer de la SALA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por la representación procesal de France Telecom España, S.A. se interpuso recurso contencioso administrativo directamente contra la resolución dictada el 28 de febrero de 2012 por el Teniente de Alcalde de Hacienda y de Servicios Generales del Ayuntamiento de Terrassa, que desestima el recurso de reposición interpuesto por dicha mercantil contra la liquidación en concepto de tasa por aprovechamientos especiales del dominio público local a favor de empresas operadores de servicios de telefonía móvil, correspondiente al ejercicio 2010, de un importe de 169.002, 08 euros, e indirectamente contra la Ordenanza fiscal de dicho Ayuntamiento reguladora de la mencionada tasa.

**SEGUNDO:** El recurso fue turnado al Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona, que incoó recurso ordinario, registrado en ese Juzgado con el número 158/2012, en el que en fecha de 22 de octubre de 2014, dictó sentencia núm. 237/2013 estimando el recurso y anulando los actos administrativos recurridos.

**TERCERO:** En fecha de 10 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona dictó auto en el que acordaba plantear cuestión de ilegalidad ante este Tribunal Superior de Justicia de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Terrassa, reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil en cuanto a los preceptos relativos a la regulación del hecho imponible, determinación del sujeto pasivo y la fijación del importe de la tasa.

**CUARTO:** El Juzgado de instancia remitió testimonio de las actuaciones a este Tribunal, conforme a lo dispuesto por el art. 124.1 de la LJCA, donde comparecieron las partes y seguido el trámite correspondiente, se señaló para votación y fallo del recurso, diligencia que tuvo lugar el día fijado al efecto.

**QUINTO:** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto. Cuando el órgano conoce de un recurso indirecto es competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, la Ley dispone que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso indirecto sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, con el fin de reforzar la seguridad jurídica, la Ley Jurisdiccional de 1998 introdujo la cuestión de ilegalidad, que termina con una decisión de efectos «erga omnes», que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya

ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

Como el recurso directo contra disposiciones generales, la cuestión de ilegalidad es un instrumento procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular. De ahí que el apartado 5 del artículo 126 LCA disponga que la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla.

**SEGUNDO:** La Ordenanza fiscal indirectamente impugnada por la parte recurrente en la instancia era la Ordenanza fiscal núm. 3.39 del Ayuntamiento de Terrassa, reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil” publicada en el B.O.P. de Barcelona núm. 313, Anexo III, de 31 de diciembre de 2005, vigente en el ejercicio 2010, pues la disposición final de dicha ordenanza prevé que regirá desde el día 1 de enero de 2006 y se mantendrá vigente hasta su modificación o derogación expresa, y la ordenanza en cuestión no fue objeto de modificación ni derogación con anterioridad al devengo del hecho imponible de la tasa objeto de a liquidación impugnada ante el Juzgado a quo..

**TERCERO:** En el presente caso, el Juzgado a quo estimó el recurso directo contra los actos administrativos impugnados con base en la consideración de la ilegalidad de la ordenanza fiscal municipal que dio cobertura normativa a las liquidaciones directamente impugnadas ante ese órgano judicial y que indirectamente se impugnaba en el mismo proceso contencioso administrativo, ex artículo 26 de la Ley jurisdiccional, por contravención del Derecho comunitario europeo en los términos que se exponen en el extenso fundamento de derecho primero y la doctrina del tribunal Supremo; esto es, por contravenir la Ordenanza el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (Directiva de autorización), relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, 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, y por ser no carecer de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni responder a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, y basar la medición del valor de la utilidad en el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede 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 las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio.

**CUARTO:** Aunque no se precisa en la sentencia y ni el auto planteando la cuestión de ilegalidad, los concretos preceptos de dicha ordenanza relativos a la regulación del hecho imponible, determinación del sujeto pasivo y fijación del importe de la tasa respecto de los que se plantea la cuestión de ilegalidad son el artículo 2, relativo al hecho imponible, el artículo 3, relativo al sujeto pasivo, y el artículo 7, relativo a la cuota tributaria.

Tal y como indica el auto planteando la cuestión de ilegalidad, de conformidad con el artículo 123 LJCA, la cuestión de ilegalidad ha de ceñirse exclusivamente a los preceptos que hayan servido de base a la estimación del recurso, por tanto, no cabe estimar la pretensión de la demandante en la instancia de que anulemos la Ordenanza, en su integridad, pues el examen de otros preceptos distintos de los relativos a la regulación del hecho imponible, determinación del sujeto pasivo y la fijación del importe de la tasa, cuya eventual ilegalidad no ha servido de base a la estimación del recurso en la instancia, excede del objeto de la presente cuestión de ilegalidad.

**QUINTO:** En relación con Ordenanzas reguladoras de la tasa impugnada, análogas a la que nos ocupa, vienen siendo anuladas, tanto por esta Sala como por el Tribunal Supremo, tan solo parcialmente, únicamente en los preceptos que atribuyen la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas; y que regulan el importe de la tasa. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante auto de 30 de enero de 2014, se ha pronunciado sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 17 de Barcelona, reiterando el pronunciamiento contenido en su sentencia de 12 de julio de 2012, que sirvió de base al Tribunal Supremo para la indicada anulación, que a su vez reiteró su criterio, por todas, en las diez sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación núms. 5709/2009, 6550/2009, 6559/2009, 6581/2009, 5260/2010, 5789/2009, 5489/2009, 5880/2010, 89/2010 y 5190/2010, las catorce de 22 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación 6511/2009, 5594/2009, 503/2010, 5302/2009, 592/2010, 5502/2009, 6101/2009, 6471/2009, 5631/2009, 6531/2009, 5596/2009, 6112/2009, 5602/2009 y 5603/2009, o la de 15 de marzo de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 5797/2009, que casa y anula la sentencia desestimatoria de esta Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 17 de septiembre de 2009, dictada en el recurso número 271/2008 (recurso en el que sustancialmente se invocaban los mismos motivos de impugnación que en el presente y a cuya resolución nos remitimos en cuanto a los motivos de impugnación no estimados por el Tribunal Supremo), y estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica Móviles España, S.A." contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por

aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de interés general, del Ayuntamiento d'Abbrera, declarando, en relación con la prestación de servicios de telefonía móvil, la nulidad del último inciso ("con independencia de quien sea el titular de las redes") del apartado 2 del artículo 2; del apartado 2 del artículo 3, en cuanto atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas; y del artículo 5, relativo a la cuantificación de la tasa

**SEXTO:** La contradicción del artículo 3 de la Ordenanza con la Directiva de autorización, al establecer que "Son sujetos pasivos de la tasa las empresas explotadoras que aprovechen el dominio público local para la prestación de servicios de telefonía móvil, sea sobre redes propias o ajenas, es evidente -como lo admite la representación del Ayuntamiento de Terrassa-, en cuanto atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que, aunque aprovechen el dominio público local para la prestación de servicios de telefonía móvil, no son titulares de las redes a través de las cuales se efectúan los suministros, sino que utilizan redes ajenas.

En consecuencia, procederá declarara la nulidad el artículo 3, en cuanto atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas que aprovechen el dominio público local para la prestación de servicios de telefonía móvil sin titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros.

Por el contrario, anulado parcialmente el artículo 3, ninguna ilegalidad observamos en el artículo 2, que prevé que «Constituye el hecho imponible de la tasa la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público municipal realizada por las empresas explotadoras de telefonía móvil», pues el derecho comunitario no proscribde de manera absoluta el establecimiento de una tasa como la que nos ocupa, sino que lo hace en los términos expuestos, y a diferencia de otras ordenanzas, la que nos ocupa no configura expresamente el hecho imponible con independencia de quien sea el titular de las redes, de manera el artículo 2 no adolece de vicio de ilegalidad, interpretado correctamente en relación al posterior artículo 3 tras su anulación parcial.

Por último, tal y como admite la defensa y representación del Ayuntamiento de terrassa, el artículo 7 incurre en los mismos vicios respecto de la cuantificación de la tasa en que incurrían las ordenanzas a que se refieren las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas.

**SÉPTIMO:** En virtud de lo expuesto, procede estimar en parte la presente cuestión de ilegalidad, sin que atendidas la pretensiones de las partes en esta instancia y el sentido del fallo, procede condena en costas.

**F A L L A M O S:** Estimar en parte la cuestión de ilegalidad núm. 185/2015, planteada por el Juzgado Contencioso-administrativo núm. 5 de Barcelona respecto la Ordenanza Fiscal núm. 3.39 del Ayuntamiento de Terrassa, reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil” publicada en el B.O.P. de Barcelona núm. 313, Anexo III, de 31 de diciembre de 2005, declarando, la nulidad del artículo 3, en cuanto en relación con la prestación de servicios de telefonía móvil atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas explotadoras que efectúan los suministros a través de redes ajenas, y del artículo 7; debiendo correr cada parte con las costas procesales de este procedimiento especial causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes, y luego que gane firmeza librese certificación de la misma y remítase juntamente con el respectivo expediente administrativo al órgano demandado, quien deberá llevar aquélla a puro y debido efecto, en los términos expresados, sirviéndose acusar el oportuno recibo y ejemplar de la publicación aludida.

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

E/

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