

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :30/10/15
M/ REF.: 7637
LETRADO:AMADO MARTINEZ RUIZ
FINE PLAZO: INTERPONER RECURSO APELACION
Plazo: 15Dia(s) Fine el: 20/11/2015

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 14 DE BARCELONA

Recurso nº: **502/2014** - **Procedimiento abreviado**
Parte actora: **ORANGE ESPAGNE, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL**
Representante parte actora: **FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL**
Parte demandada: **AJUNTAMENT DE TERRASSA**
Representante parte demandada: **CARMEN RIBAS BUYO**

SENTENCIA Nº 248/2015

En Barcelona, a 28 de octubre de 2015.

Benjamín Górriz Gómez, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 14 de Barcelona y su provincia, ha visto los presentes autos de recurso contencioso-administrativo en los que ostenta la condición de parte actora la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A.U (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.) representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y defendida por la Letrado D.ª Esther Zamarriego Santiago, y de parte demandada el AJUNTAMENT DE TERRASSA, representado por la Procuradora D.ª Carmen Ribas Buyo y defendido por el Letrado D. Amado Martínez Ruiz, sobre tributos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de noviembre de 2014 fue presentado, por la representación procesal de la parte actora, escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Teniente de Alcalde de Hacienda y Servicios Generales del Ajuntament de Terrassa, de fecha 15 de septiembre de 2014.

SEGUNDO.- Tras ser subsanados los defectos observados, por decreto de fecha 13 de febrero de 2015 se tuvo por interpuesto recurso contencioso-administrativo y por deducida demanda, dándose traslado de la misma a la Administración demandada. Se citó a las partes para la celebración de la vista y se reclamó el correspondiente expediente administrativo.

TERCERO.- En la vista, celebrada el día 15 de octubre de 2015, la parte actora se ratificó en la demanda y la parte demandada se opuso a la misma en los términos que son de ver en la grabación audiovisual que se realizó de la vista. Habiéndose recibido el recurso a prueba, se practicaron las admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos y tras presentar las partes sus conclusiones, quedaron aquéllos vistos para sentencia.

CUARTO.- La cuantía del recurso se fija en la cantidad de 8.457,63 euros, importe de la liquidación impugnada.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la pretensión anulatoria de la resolución del Teniente de Alcalde de Hacienda y Servicios Generales del Ajuntament de Terrassa, de fecha 15 de septiembre de 2014 (folio 68 EA) que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que sean de interés general, correspondiente al segundo trimestre del ejercicio 2014, por importe de 8.547,63 euros. Impugna también la parte recurrente, indirectamente, la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa en cuestión.

La Administración demandada, por su parte, se opone al recurso planteado, defiende la legalidad de la resolución administrativa impugnada y de la Ordenanza municipal, por ser conformes a Derecho, y solicita la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Expuesto cual es el objeto de la cuestión litigiosa que subyace en este procedimiento, procede entrar a examinar la cuestión de fondo.

La parte recurrente no articula ningún motivo de la impugnación de la liquidación tributaria al margen o con independencia de la Ordenanza fiscal sino que ataca aquélla, únicamente, por fundarse en una ordenanza municipal, la relativa a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro de interés general, que considera contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, en síntesis y en esencia, alega que la tasa solo puede ser exigida a los titulares de redes, únicamente cuando sea necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos, y únicamente cuando esté justificada objetivamente y sea proporcionada al fin previsto. En este sentido, cita la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012, referida a la telefonía móvil, y el auto del mismo Tribunal (Sala Octava), de 30 de enero de 2014, referido a los servicios de comunicaciones electrónicas en general, y afirma que las conclusiones alcanzadas por la STJUE de 12 de julio de 2012 para los servicios de telefonía fija, son trasladables a los servicios de telefonía fija. También entiende que se han infringido los principios de transparencia y proporcionalidad al

no publicar el Ajuntament demandado los costes en que ha incurrido y que deberían ser compensados con la tasa exigida. Por todo ello, concluye que tanto la liquidación directamente impugnada como la Ordenanza indirectamente impugnada --y también el art. 24 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales-- deben ser declarados contrarios al Derecho comunitario, por establecer un gravamen a una compañía telefónica sin tener en cuenta la titularidad de la red y cuya cuantificación no responde al uso óptimo.

La Administración demandada, también en síntesis y en esencia, alega que en la Ordenanza indirectamente impugnada el hecho imponible gravado consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, lo que está permitido por el art. 20 del TRLHL; que la STJUE de 12 de julio de 2012 se refiere a los servicios de telefonía móvil pero no a la fija; y que la mercantil actora dispone en el municipio de Terrassa de una importante infraestructura que ocupa materialmente el dominio público local.

Esta última cuestión alegada por la Administración demandada no puede ser estimada como razón justificativa de la tasa puesto que no consta que ello haya sido el motivo de la liquidación ahora impugnada. Es más, en la resolución municipal aprobatoria de la liquidación de la tasa (folio 2 EA), se invoca el art. 24.c) de la Ley 39/88 (sic), reguladora de las Hacienda Locales, según el cual, «les empreses que utilitzin xarxes alienes per efectuar els subministraments deduiran dels seus ingressos bruts de facturació les quantitats satisfetes a altres empreses en concepte d'accés o interconnexió a les xarxes de les mateixes» y, de hecho, en la misma resolución se deja constancia de que la recurrente ha pagado determinada cantidad en «concepte de peatges d'interconnexió». De manera que la razón de la liquidación de la tasa, según resulta del expediente administrativo, no es la ahora alegada titularidad de la red, cuestión que, por ello, debe quedar al margen de esta sentencia.

Respecto de la cuestión fundamental, esto es, la acomodación de la Ordenanza fiscal al Derecho comunitario, no discutido por la demandada que la referida Ordenanza grava con la tasa objeto de análisis a las empresas de telefonía fija que no son titulares de redes, la cuestión, al margen de las sentencias citadas por la actora en su escrito de demanda, ha sido decidida por la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 17 de septiembre de 2015 (Sec. 1ª, rec. 540/2014), que viene a concluir que el Derecho de la Unión no permite exigir una tasa por el uso de la propiedad pública a las operadoras de telefonía que no sean propietarias de los recursos instalados en el dominio público sino que únicamente pueden ser sujeto pasivo de la tasa las empresas o entidades que sean titulares de las redes a través de las que se efectúan los suministros y que ello es aplicable tanto a la telefonía móvil como a la fija. En concreto, los fundamentos de derecho Cuarto a Noveno de la referida sentencia, establecen, literalmente, lo siguiente:

<<CUARTO: El punto de partida para resolver la presente controversia ha de ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11) por la que se resolvieron las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo así como las distadas al respecto por este último.

El TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Tercera del TS declaró que:

«1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (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.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tienen efecto directo, de suerte que confiere 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 dicho artículo”.»

Las anteriores conclusiones no resultan afectadas por la posterior Sentencia del TJUE de 27-6-2013 que cita el Ayuntamiento demandado, dictada en el asunto C-17/12 sobre decisión prejudicial, en la que se declara que el artículo 12 de la Directiva, no se opone a un gravamen a las operadoras de telefonía móvil consistente en la percepción de un impuesto (porcentaje sobre los pagos que cobran las operadoras a los usuarios, equiparable a un impuesto sobre el consumo) y que va a cargo del usuario del servicio).

Sin embargo, lo que se debate en el presente recurso es la percepción de una tasa como contrapartida por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, que es el canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a que se refiere el artículo 13 de la Directiva autorización, artículo éste «que no es pertinente en el referido asunto» según expresa textualmente el TJUE (apartado 19).

Como indica la Sentencia TJUE de 12-7-2012 citada, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, distintos de los previstos en ella, pues la Directiva se configura como una Directiva de máximos.

En cuanto a la Sentencia Tribunal de Justicia UE de 21-3-20132, (nº C-375/2011), viene referida a los cánones por uso de radiofrecuencias, de puesta a disposición de las frecuencias y un canon que cubre los gastos de gestión de la autorización, lo que tampoco es de aplicación al caso examinado.

A su vez, por lo que se refiere a la posibilidad de establecer otras figuras impositivas, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 4-9-2014, (nº C-256/2013, nº C-264/2013) razona:

«34. Sin embargo, el artículo 13 de la Directiva autorización no se refiere a todos los cánones a los que están sujetas las infraestructuras que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

35. En efecto, la Directiva autorización se aplica, según su artículo 1, apartado 2, a las autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su artículo 13 únicamente se refiere a los cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de ella, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos.

36. Pues bien, en el presente caso, de las resoluciones de remisión se desprende que el impuesto controvertido en los litigios principales recae sobre toda persona jurídica belga o extranjera que tenga un establecimiento en el territorio de la Provincia Antwerpen utilizado o reservado para su uso, cualesquiera que sean la naturaleza del establecimiento y la actividad de los sujetos al impuesto. El importe de este último depende de la superficie

ocupada por los establecimientos. Por consiguiente, tales sujetos pasivos no son únicamente los operadores que suministran redes o servicios de comunicaciones electrónicas o quienes se benefician de los derechos previstos en el artículo 13 de la Directiva autorización.

37. De ello se desprende que el devengo del impuesto controvertido en los litigios principales no está vinculado a la concesión de los derechos de uso de radiofrecuencias o de los derechos de instalación de recursos, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización. Por tanto, tal impuesto no constituye un canon, en el sentido de dicho artículo, y, en consecuencia, no está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.»

En el caso examinado por el TJUE venía referido a un impuesto que gravaba los establecimientos en un territorio, cualquiera que sea su naturaleza y actividad.

Por el contrario, el Auto del TJUE de 30-1-2014, que se remite a la Sentencia de 12-7-2012 antes citados, reitera que la tasa por aprovechamiento especial examinada y que regula el TRLHL, está vinculada a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de la Directiva autorización.

De lo anterior se concluye que no cabe asimilar las figuras tributarias (impuestos) a los que se refieren las Sentencias indicadas, con la tasa que es objeto del presente recurso.

QUINTO: Pues bien, las tasas por la ocupación del dominio público que regula el TRLHL, a cuyo amparo se dicta la Ordenanza impugnada, han de acomodarse a lo previsto en el artículo 13 de la Directiva, que tiene efecto directo, y de conformidad con las dos cuestiones prejudiciales que ha resuelto el TJUE, así como a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ya se ha dicho que las indicadas tasas participan de la naturaleza de los cánones por la instalación de recursos en la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 y únicamente puede atribuirse la condición de sujeto pasivo de la tasa a las empresas o entidades que sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, pero no a las que sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Como señaló el TJUE en la tantas veces citada Sentencia de 12 de julio de 2012, acogiendo las conclusiones del Abogado General en los puntos 52 y 54, 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.

El apartado 33 de la propia Sentencia indica textualmente:

«De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la propia Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.»

Y en el apartado 34 señala: «Por lo tanto, 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 Auto TJUE de 30 de enero de 2014, resuelve la pregunta del órgano jurisdiccional remitente, acerca de si el derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa impuesta no ya como contrapartida por el otorgamiento de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, sino

como contrapartida por la utilización de esos recursos, a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

En sus apartados 31 y 32 se razona:

«31 Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto de procedimiento principal, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas no siendo propietarios de dichos recursos.

32 Se desprende del conjunto de las consideraciones anteriores que procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos».

SEXTO: A la vista de lo anterior, se concluye que el recurso debe prosperar porque asiste la razón a la demandante cuando mantiene que no cabe aplicar el canon a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilicen para la prestación de servicios.

La razón de que la Sentencia TJUE se refiera únicamente a los operadores de telefonía móvil, trae causa del supuesto que examinaba, pero no afecta al principio que en la misma se sienta y que reitera el posterior Auto de 30 de enero de 2014: es improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas.

Así las cosas, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de junio de 2015 (rec. casación 742/2014) pone de relieve que una numerosa serie de decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado la incompatibilidad de normas fiscales nacionales con los objetivos comunitarios, obligando por ello a los Estados miembros a la anulación de las mismas o a su modificación. Es doctrina consolidada que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estado miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho Comunitario. La Comunidad Europea, pues, supone una importante limitación a la soberanía fiscal de los estados que la componen, pues deben abstenerse de dictar disposiciones incompatibles con los objetivos comunitarios y eliminar de sus ordenamientos aquellas normas que incurran en esa circunstancia.

En relación con las Directivas comunitarias en el ámbito de las telecomunicaciones (Directiva marco, Directiva acceso, Directiva autorización y Directiva acceso universal), recuerda el TS que «El Tribunal de Justicia ha interpretado que las Directivas en cuestión prohíben imponer a las empresas que operan en el ámbito de las telecomunicaciones, por esa sola condición, otras cargas distintas y adicionales a las previstas por ellas. Se limita, pues, la soberanía financiera y tributaria de los Estado. De no entenderse así, se pondría en peligro el “efecto útil” perseguido por la norma. Se trata, en suma, de armonizar los cánones y los gravámenes que los Estado miembros pueden imponer a los titulares de licencias y autorizaciones para operar en el sector.»

A su vez, la supremacía del Derecho europeo sobre los derechos nacionales es absoluta y en caso de conflicto entre derecho interno y derecho comunitario, la primacía del

derecho comunitario ha de ser garantizada por los jueces nacionales, que no han de aplicar la norma contraria.

SÉPTIMO: Cabe añadir que el TSJ de Galicia se ha pronunciado en un asunto como el examinado en su Sentencia de 29-5-2015 (recurso de apelación 15030/2015) en la que se concluye que la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en cuanto incluye utilidades o aprovechamientos por parte de empresas que no sean titulares de redes o instalaciones, se opone al Derecho de la Unión de forma evidente.

Esta Sala comparte los acertados fundamentos de dicha resolución, a la que basta remitirse, en consonancia con las conclusiones de la Abogado General presentadas en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, en tanto la instalación de un cable por debajo de un vía pública para transmitir señales requiere un «derecho de paso» y, una vez instalado, cualquiera que sea el número de señales transmitidas a través del cable, el uso del cable no afecta a la disponibilidad de los “derechos de paso”. Los usuarios distintos de la empresa que instala los recursos también se benefician de los “derechos de paso” concedidos a ésta. No obstante, en un mercado competitivo, cabe presumir que el precio estipulado por ese uso (es decir, el “acceso”) incluirá una compensación por ese aprovechamiento. Si las empresas propietarias de los recursos empelados para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas pueden recuperar el canon pagado por los derechos de instalación de tales recursos, a través del precio negociado con los operadores que los usan y a esos operadores también se les exige el pago de un canon a los ayuntamientos por dicho uso, se distorsiona la competencia porque el usuario de los recursos soporta un doble gravamen. Asimismo, el artículo 13 de la Directiva autorización no puede interpretarse en el sentido de que incluya los cánones por el uso de recursos pertenecientes a otra empresa, porque dicho uso sencillamente no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, sino de la Directiva acceso, que es la que define los derechos y las obligaciones de los operadores y de las empresas que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados.

NOVENO (sic): En definitiva, el Derecho de la Unión no permite exigir una tasa por el uso de la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 de la Directiva 2002/20, a las operadoras de telefonía que no sean propietarias de los recursos instalados en el dominio público, pues el uso de tales recursos ajenos se rige por la directiva de acceso, y la Directiva acceso no contempla una tasa como la controvertida, lo que lleva a estimar el recurso, sin que resulte necesario examinar las cuestiones relativas al cálculo de la base imponible>>.

En este caso concreto, por lo ya expuesto, y dado que la tasa ha sido aplicada a la ahora recurrente por razones ajenas a la de ser titular de la red --lo que ella niega y no resulta acreditado en el expediente administrativo--, la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto deviene obligada, lo que determina la anulación de la resolución recurrida y de la liquidación de la que trae causa.

Por otra parte, dado que la estimación del presente recurso jurisdiccional se basa en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y dado el principio de primacía del derecho de la Unión, que desplaza al interno de los estados miembros que esté en contradicción, resulta innecesario el planteamiento de la cuestión de legalidad contra la Ordenanza municipal al devenir, por lo anterior, inaplicable.

TERCERO.- En cuanto a las costas, no obstante la estimación del recurso contencioso-administrativo y consecuente desestimación de las pretensiones de la Administración demandada, dado que ésta invoca decisiones judiciales que podían apoyar su pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, no procede imponer el pago de las causadas a ninguna de las partes. Sin que, por otra parte, sea de estimar la solicitud de indemnización que en este punto formula la parte recurrente respecto de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues no deja de ser uno de los conceptos que forman parte de las costas (art. 241.1.7º LECv) y, en este caso, no existe condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, y en nombre de S.M. el Rey

FALLO

PRIMERO.- Que debo **estimar y estimo** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil ORANGE ESPAGNE, S.A.U., anulando, por ser contraria a Derecho, la resolución del Teniente de Alcalde de Hacienda y Servicios Generales del Ajuntament de Terrassa, de fecha 15 de septiembre de 2014 y la liquidación de que trae causa, objeto de este procedimiento.

SEGUNDO.- Que no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado en el plazo de los QUINCE días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez, en audiencia pública, en el día de la fecha. Doy fe.