

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :13/07/17
M/ REF.: 8189
LETRADO:AMADO MARTINEZ RUIZ
FINE PLAZO:INTERPONER RECURSO DE CASACION
Plazo: 30Día(s) Fine el: 27/09/2017

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

Rollo de apelación nº 20/2017

Partes : AJUNTAMENT DE TERRASSA C/ ORANGE ESPAGNE SAU

S E N T E N C I A N º 499

Ilmos. Sres.

MAGISTRADOS:

D. RAMON GOMIS MASQUÉ

D.ª EMILIA GIMENEZ YUSTE

D.ª NÚRIA BASSOLS MUNTADA

D. FRANCISCO JOSÉ GONZÁLEZ RUIZ

D. RAMON FONCILLAS SOPENA

D. JOSÉ LUIS GÓMEZ RUIZ

En la ciudad de Barcelona, a veintiséis de junio de dos mil diecisiete

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 20/2017, interpuesto por AJUNTAMENT DE TERRASSA , representado la Procuradora D.ª CARMEN RIBAS BUYO, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de los de Barcelona, en el recurso jurisdiccional nº 439/2014.

Habiendo comparecido como parte apelada ORANGE ESPAGNE SAU, representado por el Procurador D. FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL .

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a EMILIA GIMÉNEZ YUSTE, quien expresa el parecer de la SALA.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO: La sentencia apelada contiene la parte dispositiva del siguiente te

"ESTIMO el recurs contenciós administratiu presentat per la representació processal de Orange Espagne, S.A. davant la resolució dictada 9 de juliol de 2014 pel tinent d'Alcalde d'Hisenda i de Serveis Generals de l'Ajuntament de Terrassa que desestimava el recurs de reposició interposat contra la liquidació en concepte de taxes per aprofitament especials del domini públic local a favor d'empreses explotadores de serveis de subministrament d'interés general corresponent a al primer trimestre de l'exercici 2014 , anul.lant les dites resolucions i liquidacions per no avenir-se a dret.

No imposito les costes processals per entendre que el cas presenta dubtes de dret."

SEGUNDO: Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido, por el Tribunal de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, personándose en tiempo y forma las partes apelante .

TERCERO: Desarrollada la apelación y tras los oportunos tramites legales que prescribe la Ley Jurisdiccional en su respectivos articulos, en concordancia con los de la L.E.C., se señaló a efectos de votacion y fallo la fecha correspondiente .

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

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

PRIMERO: El presente recurso de apelación se interpone contra la Sentencia dictada en el marco del procedimiento 439/2014 y en fecha 30 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Barcelona y su Provincia, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Orange España S.A., contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la liquidación correspondiente a la Tasa por

aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general, correspondiente al primer trimestre del ejercicio 2014, dictada por el Ayuntamiento de Terrassa, acto que se anula, con fundamento en la posible ilegalidad de la Ordenanza fiscal indirectamente impugnada.

SEGUNDO: Sostiene el Ayuntamiento apelante la legalidad de la liquidación impugnada y de la Ordenanza Fiscal 3.36, reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de suministro que afecten a la generalidad del vecindario.

Alega el letrado municipal que el artículo 2 de la Ordenanza Fiscal 3.36, que grava el hecho imponible consistente en la ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local, es acorde al artículo 20 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, según el cual las Entidades locales pueden establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por la ocupación del subsuelo de los terrenos de uso público local, y al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, que permite a los Estados miembros la imposición de cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

En el recurso de apelación no discute la interpretación que hace el Juez de Instancia en relación a la STJUE de 12 de julio de 2012, en cuanto que 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. El recurso se dirige a poner de relieve que la empresa de telefonía recurrente Orange Espagne, S.A.U. (antes France Telecom España, S.A.), en cuanto empresa de telefonía fija, dispone de redes propias y ha creado en el municipio una red de canalizaciones necesarias para la comunicación. Y por tanto, no contradice el derecho comunitario, ni el pronunciamiento de la STJUE de 12 de julio de 2012, que se exija una tasa por el aprovechamiento del dominio público local a dicha empresa, en cuanto empresa de telefonía fija, que utiliza redes propias tendidas en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

Le atribuye la titularidad de los derechos de instalación de los recursos, en tanto que existen numerosas licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Terrassa a la empresa Orange Espagne, S.A.U.. Licencias que constituyen prueba de la importantísima infraestructura de que dispone en el subsuelo del dominio público local, lo que constituye prueba de la realización del hecho imponible gravado por la

Ordenanza Fiscal. Añade que por escrito presentado el 6 de mayo de 2015, Orange Espagne, S.A. comunicó al Ayuntamiento de Terrassa que la longitud de red en metros lineales en Terrassa, a fecha 31 de diciembre de 2014, era de 38.371 metros lineales.

La defensa de la mercantil apelada se opone al recurso y en síntesis mantiene que no es titular de redes en el municipio de Terrassa y que la supuesta titularidad debe quedar fuera de debate, en la medida en que la liquidación impugnada le fue practicada en su condición de usuaria de las redes de terceros a través de derechos de acceso e interconexión.

Indica además que el listado de licencias aportado por la Corporación municipal incorpora solicitudes de licencia que nada tienen que ver con la implantación de una supuesta red de telefonía en el municipio. De las 43 licencias aportadas, solo 5 corresponde a la apertura de zanjas para la instalación de canalizaciones y cuyo objeto ha sido únicamente instalar dispositivos para conectar con la red de Telefonía. Se trata, por tanto, de simples derechos de acceso o interconexión, de los regulados en la Directiva 2002/19/CE y, por tanto, no sujetos al pago de tasas por derechos de instalación, prevista en la Directiva 2002/20/CE únicamente para las empresas que sean titulares de la red de telecomunicaciones.

Por último, y en cuanto a la certificación de los metros lineales que tiene en el municipio expone que la instalación de una red de telefonía fija o fibra óptica propias en un municipio, implica el cableado de todas y cada una de las calles y edificios a los que se pretenda dar servicio por lo que, de haber instalado una red propia para dar servicio al municipio de Terrassa en lugar de meros accesos a la red de Telefónica, hubiese tenido que tramitar muchos más expedientes de ocupación del dominio público y, obviamente, los metros de cada zanja serían muy superiores a los constatados por el Ayuntamiento en la documentación acompañada.

TERCERO: Con carácter previo hemos de poner de relieve que el importe de la liquidación impugnada en la instancia era de 8.018,35€, si bien la Sentencia es susceptible de apelación porque indirectamente se impugnada la Ordenanza Fiscal que daba cobertura a la liquidación (artículo 81.2.d) LRJCA).

Así las cosas, lo que habrá que examinarse en sede de apelación es la legalidad de la Ordenanza indirectamente impugnada, no así la liquidación que en si misma no es susceptible de apelación. De ahí que los alegatos del Ayuntamiento dirigidos a poner de relieve que Orange es propietaria de las redes, en tanto se refieren a la liquidación, obligan a recordar, como hemos dicho con anterioridad (por todas la sentencia núm. 498/2016) que nuestro conocimiento ha de limitarse a resolver sobre la legalidad de la disposición general en la que se funda la pretensión

de nulidad del acto administrativo y las consecuencias inmediatas que de aquella declaración hayan de extraerse en cuanto la validez de éste.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, decíamos que el acceso a la segunda instancia presenta en estos casos de recurso indirecto dos importantes limitaciones que es preciso subrayar, de un lado, que solamente puede someterse a revisión el motivo que haya posibilitado el acceso al mismo, resultando improcedente la reproducción de las cuestiones planteadas en la primera instancia al margen de aquél; y de otro, que el enjuiciamiento de la apelación, ha de limitarse a las alegaciones que conciernen a los preceptos de la Ordenanza Fiscal.

En definitiva, no cabe examinar las alegaciones dirigidas a poner de relieve que Orange Espagne, S.A.U. es propietaria de las instalaciones y por lo tanto deudora de la hacienda municipal, por venir referidas a la liquidación.

CUARTO: El objeto del recurso queda limitado, por tanto, a la impugnación indirecta de la Ordenanza Fiscal, cuya legalidad mantiene el Ayuntamiento apelante, quedando extramuros los alegatos que se refieran a la liquidación.

La sentencia de primera instancia, estima el recurso porque las consideraciones del TJUE y del Tribunal Supremo sobre las operadoras de telefonía móvil que no son titulares de las redes, son aplicables a las operadoras que prestan servicios de telefonía fija.

En este sentido, desde la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 se han venido anulando los preceptos que atribuyen la condición de sujeto pasivo de la tasa controvertida 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.

La demandante en la instancia denunciaba que los artículos 2 y 3 de la Ordenanza Fiscal vulneraban la normativa europea.

El Ayuntamiento apelante por su parte mantiene que la sentencia del TJUE reconoce la posibilidad de gravar a los titulares de derechos de instalación que sean propietarios de los recursos instalados, es decir, que no se opone a la posibilidad de gravar a las empresas que disponen de infraestructura en el municipio.

QUINTO: Acerca de la cuestión controvertida ya nos hemos pronunciado a propósito de los recursos directos interpuestos contra ordenanzas fiscales del mismo tenor. Así, en nuestras Sentencias núm. 1121 de 5 de noviembre de 2015 (rec. 120/2015), núm. 906, de 17 de septiembre de 2015, (rec. 540/2014) y núm. 115/2015, de 6 de noviembre (rec. 121/2015) decíamos:

<<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 dictadas 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 tiene 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-71/12, 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 indicaba 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 21-3-2013, (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.>>

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 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 del 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 Estados 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 Estados. 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 Estados 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 interna contraria.

SÉPTIMO: Cabe señalar 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 una 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 empleados 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: 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 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.>>

SEXTO: Por análogas razones a las contenidas en dichas Sentencias cuyos pronunciamientos hemos reproducido, deberá también prosperar aquí la impugnación indirecta de la Ordenanza y de conformidad con lo previsto en el artículo 27.2 de la LRJCA declarar la nulidad de los artículos 2 y 3 de la misma, en cuanto se incluye en la regulación del hecho imponible el aprovechamiento especial del dominio público a las empresas suministradoras de telefonía fija “con independencia de quien sea titular de las redes” y se atribuye la condición de sujeto pasivo de tal tasa a las empresas de telefonía fija 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, en virtud de la primacía del derecho comunitario, cuya normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales.

Por último, el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción dispone que las costas procesales se impondrán al recurrente en la segunda instancia si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. Se recoge de esta forma el principio del vencimiento mitigado, que aquí debe conducir a la no imposición de costas visto que la singularidad de la cuestión debatida veda estimar que se halle ausente la iusta causa litigandi en la apelante, "serias dudas de hecho o de derecho"

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Terrassa contra la Sentencia dictada en el marco del procedimiento 439/2010 y en fecha 30 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Barcelona.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes preceptos de la Ordenanza Fiscal 3.36 ejercicio 2004 del Ayuntamiento de Terrassa: 1º) el artículo 2, en cuanto se incluye en la regulación del hecho imponible el aprovechamiento especial del dominio público a las empresas suministradoras de telefonía fija “con independencia de quien sea titular de la red” y 2º) el artículo 3, que atribuye la condición de sujeto pasivo de tal tasa a las empresas de telefonía fija 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. Ambos de la Ordenanza reguladora de la “Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general”, del Ayuntamiento de Terrassa, a cuyo amparo se gira la liquidación anulada.

TERCERO: NO EFECTUAR pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la presente instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes comparecidas en el presente rollo de apelación, contra la que cabe interponer recurso de casación en el plazo de treinta días.

Firme la presente líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con los autos originales al Juzgado de procedencia, quien acusará el oportuno recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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