



Roj: **ATS 5768/2017 - ECLI: ES:TS:2017:5768A**

Id Cendoj: **28079130012017201136**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **1383/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MANUEL VICENTE GARZON HERRERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 14 de junio de 2017

HECHOS

PRIMERO.- 1. El procurador don Javier Aráiz Rodríguez, en representación del Ayuntamiento de Pamplona y mediante escrito fechado el 28 de diciembre de 2016, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación 191/2016.

2. Dicha sentencia revocó la apelada y, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo instado por Orange Espagne, SAU, declaró contrario a Derecho y nulo el término «móvil» en el inciso segundo, apartado 1, del artículo 5 de la Ordenanza fiscal nº 22/2014 del Ayuntamiento de Pamplona, reguladora de la tasa por aprovechamientos especiales del suelo, vuelo y subsuelo del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de suministros.

3. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, el Ayuntamiento de Pamplona identifica como infringido el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo) [«TRLHL»], según ha sido interpretado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de julio de 2007, dictada en el recurso de casación en interés de la ley 26/2006 (ES:TS:2007:5518).

4. Razona que tal infracción ha sido relevante y determinante del fallo que discute, porque la Sala de instancia realiza una interpretación del Derecho derivado de la Unión Europea para soslayar la aplicación del artículo 24.1.c) TRLHL, extendiendo a la telefonía fija las previsiones de dicho ordenamiento jurídico transnacional para la telefonía móvil, concluyendo que la exclusión del régimen especial previsto en el repetido artículo 24.1.c) TRLHL para la cuantificación de la tasa no sólo opera para los servicios de telefonía móvil, sino también para los de telefonía fija e internet.

5. Constata que la norma cuya infracción denuncia forma parte del ordenamiento jurídico del Estado.

6. Justifica que la cuestión que suscita el recurso tiene interés casacional objetivo por las cuatro siguientes razones:

6.1. La sentencia impugnada fija, ante situaciones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho estatal contradictoria con la señalada por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio) -«LJCA»-]. Afirma que la Sala de instancia interpreta el artículo 24.1.c) TRLHL más allá de como lo ha hecho el Tribunal Supremo en interés de la ley, extendiendo a todos los operadores y servicios de telecomunicaciones el ámbito de exclusión de dicho precepto legal. También -afirma- desconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación y aplicación del 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 telecomunicaciones (Directiva autorización) [DOUE serie L, número 108, de 24 de abril de 2002, p. 21]. Cita, en particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2016 (recurso contencioso-administrativo 196/2015, ES:TS:2016:5122).

6.2. La sentencia discutida contiene una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA] y afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], pues incide sobre una norma básica, como es el TRLHL, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española. La consolidación de la interpretación normativa que contiene la sentencia podría poner en tela de juicio el régimen especial de aplicación de los tributos y precios públicos de carácter local por el que legalmente se rige el principal operador de telefonía.

6.3. La sentencia objeto de recurso interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE»] y en un supuesto en el que aún puede ser exigible la intervención de éste a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA]. Expone que la jurisprudencia del TJUE se refiere a la telefonía móvil o, en general, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de los recursos. Siendo así, la Sala de instancia amplía indebidamente el criterio interpretativo del TJUE, no sólo en el plano subjetivo (ya que lo extiende a los operadores que realizan un uso efectivo del dominio público municipal con redes e infraestructuras propias), sino también en cuanto al sistema de cuantificación de la tasa. No existe una decisión prejudicial del TJUE al respecto.

6.4. La sentencia en cuestión resuelve un proceso en que se impugnó indirectamente una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA] y declara nulo parte de su contenido [artículo 88.3.c) LJCA].

SEGUNDO.- 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 22 de febrero de 2017, habiendo comparecido el Ayuntamiento recurrente ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

2. De igual modo lo ha hecho como parte recurrida Orange Espagne, S.A.U., representada por el procurador don Francisco Abajo Abril, quien se ha opuesto a la admisión del recurso, alegando en síntesis:

2.1. La norma aplicable al caso no es el artículo 24.1.c) TRLHL, sino el artículo 105.1.c) de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra (Boletín Oficial de Navarra de 20 de marzo) [«LFHL»], precepto de contenido diferente, pues mientras la norma estatal excluye expresamente a la telefonía móvil del método de cuantificación de la tasa, la autonómica no hace lo mismo.

2.2. La disposición que invoca el Ayuntamiento recurrente como infringida no ha sido considerada por la Sala sentenciadora. Precisa que la interpretación de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización no la hace el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sino el TJUE, y que el precepto interno inaplicado sería el artículo 5.1 de la Ordenanza fiscal nº 22/2014 del Ayuntamiento de Pamplona y, en su caso, el artículo 105.1 LFHL, pero nunca el artículo 24.1.c) TRLHL. **2.3.** El recurso carece de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por que:

2.3.1. Después de la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España* (asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11; EU:C:2012:446), existe un criterio claro sobre la cuestión, seguido por el Tribunal Supremo y aplicado por la sentencia impugnada, que llega a la conclusión de que la Ordenanza fiscal anulada no cumple con el criterio de la proporcionalidad en la cuantificación de la tasa, exigido por la jurisprudencia. La Sala de instancia no ha resuelto, pues, de forma distinta para un caso sustancialmente igual al contemplado por otros pronunciamientos jurisdiccionales.

2.3.2. La sentencia impugnada no contiene una doctrina gravemente dañosa para el interés general porque no establece una prohibición general de «exaccionar» la tasa por las corporaciones locales.

2.3.3. En el municipio de Pamplona únicamente hay tres operadores que presentan autoliquidación de tasa por servicios de telecomunicaciones, por lo que no se alcanza a comprender la «afección general» que se invoca de contrario.

2.3.4. La sentencia impugnada se limita a aplicar la interpretación del Derecho de la Unión Europea establecida por el TJUE, no siendo necesaria la intervención de dicho Tribunal a título prejudicial.

2.3.5. La sentencia únicamente declara la nulidad del término «móvil» de uno de los preceptos de la Ordenanza recurrida, lo que carece de trascendencia suficiente como para justificar la existencia de interés casacional objetivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzon Herrero, Magistrado de la Sección



RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- 1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y el Ayuntamiento de Pamplona se encuentra legitimado para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados y se identifica con precisión la norma del ordenamiento jurídico estatal que se reputa infringida [artículo 89.2 LJCA, letras a), b) y e)]. El artículo 24.1.c) TRLHL fue introducido en el debate por Orange Espagne, S.A.U., que en el recurso de apelación se quejó de que el Juez de lo Contencioso-Administrativo no diera respuesta a su alegación de que dicho precepto estatal y el artículo 105.1.3º LFHL son contrarios a la Directiva autorización (*vid.* el FJ 1º, punto 3º, de la sentencia recurrida en casación). El Tribunal Superior de Justicia adopta su decisión interpretando y aplicando ambos preceptos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la luz de la interpretación de las normas pertinentes de la Directiva autorización por el TJUE. No puede, pues, negarse que el artículo 24.1.c) TRLHL fue oportunamente alegado y tomado en consideración por la Sala de instancia. Además, al interpretar y aplicar el artículo 24.1.c) TRLHL, la sentencia aplica los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, que dicho precepto estatal debe respetar en cuanto se refiere a los servicios de telecomunicaciones electrónicas.

3. También se justifica que la infracción imputada ha sido relevante para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2.d) LJCA], pues lo que, al fin y al cabo, hace la sentencia recurrida es extender a la telefonía fija y a los servicios de internet las limitaciones que, incluidas en el artículo 24.1.c) TRLHL (no así en el artículo 105.1 LFHL) para la telefonía móvil, vienen impuestas por los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, según han sido interpretados por el TJUE.

4. En el escrito de preparación se justifica, con especial referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo porque la sentencia discutida fija, ante situaciones sustancialmente iguales, una interpretación de la norma que invoca como infringida y que fundamentan el fallo contradictoria con la sostenida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA], interpretación que resulta gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA] y afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]. También se dice que interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE y en un supuesto en el que aún puede ser exigible su intervención a título prejudicial [artículo 88.1.f) LJCA]. Y, finalmente, se afirma que resuelve un proceso en el que fue impugnada indirectamente una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA], una de cuyas determinaciones fue declarada nula [artículo 88.3.c) LJCA]. Se razona suficientemente la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO.- La sentencia impugnada, reproduciendo la dictada por la misma Sala en el rollo de apelación 191/2016 [objeto del recurso de casación RCA/1383/2017], analiza «la aplicación de las Directivas Comunitarias en relación a las tasas de telefonía, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (FJ 2º), y concluye que las previsiones de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización se aplican también a la telefonía fija y a los servicios de internet «y, en consecuencia, las consideraciones jurisprudenciales sobre tales preceptos son también aplicables a la telefonía fija e internet, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de exigir el canon a quienes no sean titulares de las infraestructuras instaladas en el dominio público, como respecto de la cuantificación misma del gravamen» (FFJJ 2º, *in fine*, y 5º, *in fine*). Por ello resuelve que no procede el gravamen para las empresas de telefonía fija titulares de meros derechos de uso sobre las infraestructuras y únicamente será sujeto pasivo de la tasa el titular de las redes para la prestación de los servicios de telefonía fija, móvil e internet (FJ 2º, *in fine*). En consecuencia, decide que los criterios de determinación de la base imponible establecidos en el artículo 5 de la Ordenanza no se aplican a los operadores de telefonía, ya sea móvil o fija, ni a los de internet, por lo que ordena suprimir el término «móvil» del inciso segundo del apartado 1 de dicho precepto (FJ 5º, *in fine*).

TERCERO.- 1. Interpretando la Directiva 97/13/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DOUE, serie L, nº 117, p.15), en particular sus artículos 6 y 11, la sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2003, *Albacorn e Infostrada* (C-292/01 y C-293/01; EU:C:2003:480), concluyó que dicha Directiva prohíbe a los Estados miembros imponer a las empresas titulares de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, por el mero hecho de poseer tales licencias y para el ejercicio de dicha actividad, cargas pecuniarias consistentes en un porcentaje de su volumen de negocios. La sentencia fue dictada en un litigio procedente de Italia en el que se discutía el gravamen impuesto a los servicios de «telefonía vocal o de comunicaciones móviles y personales».



2. El TRLH, aprobado en el año 2004, al regular la cuantificación de las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, fija su importe en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos anuales procedentes de la facturación que obtengan tales compañías en el término municipal y excluye expresamente la tasa por los servicios de telefonía móvil. Interpretando este precepto en interés de la ley (recurso 26/2006), en sentencia de 16 de julio de 2007, ya citada, el Tribunal Supremo resolvió con alcance de doctrina legal que 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) TRLHL, con excepción de la telefonía móvil.
3. La Directiva autorización sustituyó a la Directiva 97/13/CE y en sus artículos 12 y 13 reprodujo, con algunas modificaciones, el contenido de los artículos 6 y 11 de su precedente.
4. En autos de 28 (casación 4307/2009, ES:TS:2010:14772A) y 29 de octubre (casaciones 861/2009, ES:TS:2010:14214A) y 3 de noviembre de 2010 (casación 4592/2009, ES:TS:2010:15009A), la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se dirigió, a título prejudicial, al TJUE para preguntarle si el artículo 13 de la Directiva autorización debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil.
5. Los referidos reenvíos jurisprudenciales fueron resueltos por el TJUE en la sentencia de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España*, ya citada. El TJUE respondió que 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. El TJUE reiteró su criterio en auto de 30 de enero de 2014, *France Telecom España* (asunto C-25/13, EU:C:2014:58), para los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de aquellos recursos.
6. Aplicando la respuesta interpretativa del Tribunal de Justicia, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo estimó los recursos contencioso-administrativos instados por las compañías suministradoras de servicios de telefonía móvil contra ordenanzas municipales que, pese a no ser titulares de los recursos que ocupan el dominio público local, les exigían una tasa en cuanto usaban de los mismos [por todas, *vid.* sentencias de 10 de octubre de 2012 (casación 4307/2009, ES:TS:2012:6485), 15 de octubre de 2012 (casación 861/2009, ES:TS:2012:6604) y 18 de enero de 2013 (casación 4592/2009, ES:TS:2013:158)].
7. Así pues, la interpretación realizada por el TJUE de las directivas sectoriales en materia de telecomunicaciones y la aplicación que el Tribunal Supremo ha hecho de las mismas ha venido referida a los servicios de telefonía móvil en cuanto servicios de comunicación electrónica. De la jurisprudencia del TJUE no se obtiene, fuera de toda duda, que las limitaciones y condicionamientos que se derivan de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización se aplican también a los servicios de telefonía fija y de internet.
8. Sin embargo, en la sentencia impugnada, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera sometidos los servicios de telefonía fija y de internet a las previsiones de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, y a las consecuencias interpretativas obtenidas por el TJUE, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de exigir el canon a quienes no sean titulares de las infraestructuras instaladas en el dominio público, como en lo que atañe a la cuantificación de gravamen.
9. Siendo así, este recurso de casación presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, habida cuenta de que no parece evidente que las consecuencias obtenidas por la Sala de instancia se deriven de la jurisprudencia del TJUE, no pudiendo descartarse su necesaria intervención a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA] mediante la cuestiones que, en su caso, este Tribunal Supremo estaría obligado a instar en virtud del artículo 267, párrafo 3º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, serie C, número 202, de 7 de junio de 2016, p. 13).
10. A la vista de lo anteriormente expuesto, se hace necesaria la intervención del Tribunal Supremo para que, si lo estima procedente, se dirija al TJUE a fin de preguntarle si las limitaciones que derivan de la Directiva autorización para la potestad de los Estados miembros en orden a la imposición de tasas y cánones a las compañías que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, se extienden también a las que lo hacen en los de la telefonía fija y de los servicios de internet. Como se ve, en el litigio no está en juego tanto la interpretación del artículo 24.1.c) TRLHL como la de la Directiva autorización y el alcance de la jurisprudencia del TJUE sobre la misma.



11. La presencia de interés casacional objetivo por la razón expuesta hace innecesario determinar si concurren las otras alegadas por el Ayuntamiento recurrente en el escrito de preparación del recurso para justificar su admisión.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión prefigurada en el punto 10 del anterior fundamento jurídico.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/1383/2017, preparado por el procurador don Javier Aráiz Rodríguez, en representación del Ayuntamiento de Pamplona, contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso de apelación 191/2016.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Determinar si las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 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 telecomunicaciones (Directiva autorización), según han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a la imposición de tasas y cánones a las compañías que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, se extienden también a las que lo hacen en los de la telefonía fija y de los servicios de internet.

3º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente Manuel Vicente Garzón Herrero Segundo Menéndez Pérez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquín Huelin Martínez de Velasco Diego Córdoba Castroverde José Juan Suay Rincón Jesús Cudero Blas