



Roj: **ATS 1239/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1239A**

Id Cendoj: **28079130012018200259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2018**

Nº de Recurso: **5565/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8968/2017,**
ATS 1239/2018

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 07/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5565/2017

Materia: TRIBUTOS LOCALES

Submateria: Tasas por utiliza. privativa o aprove. especial dominio local

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: FAM

Nota:

R. CASACION núm.: 5565/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 7 de febrero de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- 1. El procurador don Noel Alain de Dorremochea Guiot, en representación del Ayuntamiento de Alcobendas, mediante escrito fechado el 29 de septiembre de 2017 preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2017 por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación 425/2016 , interpuesto por ORANGE ESPAÑA, S.A.U. (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.) [«ORANGE», en lo sucesivo] contra la sentencia pronunciada el 21 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 20 de Madrid, que había desestimado el recurso 377/2014 , relativo a una liquidación tributaria en concepto de tasa por aprovechamiento especial del dominio público (prestación de servicios de telefonía), correspondiente al segundo trimestre del ejercicio 2013, recurso en el que se impugnó indirectamente la Ordenanza Fiscal 3/13 del Ayuntamiento de Alcobendas, reguladora de la tasa por utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a un parte del vecindario.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, el Ayuntamiento de Alcobendas identifica como infringidos:

2.1. Los artículos 24 y 31 de la Constitución Española [«CE »].

2.2. Los artículos artículo 24.1.c), 20, apartados 1 y 3 , y 23 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»].

2.3. El artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»], los artículos 217.2 y 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero) [«LEC»].

2.4. La doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en relación con la carga de la prueba: sentencias de «15/2/2012 (RC 1907/2009) , 2/11/2010 (RC 1004/2008) , 12/6/2012 (RC 3741/2011) , 22/6/2012 (RC 6257/2011) y 15/6/2011 (RC 199/2009)» (sic).

3.1. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo que discute, en síntesis, porque la Sala de apelación estima el recurso por entender que ORANGE no puede ser sujeto pasivo de tasa discutida al no ser propietaria de las instalaciones que utiliza para prestar los servicios de telefonía fija, asumiendo así de forma implícita que también resulta de aplicación a la telefonía fija la restricción contemplada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«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) , en relación con la telefonía móvil, cuando lo cierto es que ORANGE sí es propietaria de las instalaciones que utiliza en Alcobendas para prestar sus servicios, tal y como ha intentado probar en todo el proceso, y que en ningún caso los efectos de la referida sentencia del TJUE, referidos en exclusiva a la telefonía móvil, pueden hacerse efectivos a la telefonía fija, tal y como la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo ha señalado en las sentencias de 10 de octubre 2012 (recurso de casación 4307/2009; ES:TS:2012:6485) y 20 de mayo de 2016 (recurso de casación 3937/2014; ES:TS :2016:2188).

3.2. Sostiene, en particular, que la sentencia apelada no ha tenido en cuenta la regla distributiva de la carga de la prueba y ha atribuido a una de las partes las consecuencias de la falta de prueba de lo que, en atención a esa regla, debió serlo por la contraria. Recuérdese, dice, que la mercantil recurrente en primera instancia en ningún momento negó que prestase servicios de telefonía fija en Alcobendas, pero no prueba ni aporta los contratos que haya podido suscribir con otros operadores para utilizar las instalaciones de éstos y no las suyas propias.

4.1. Considera que existe interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el recurso de casación preparado, teniendo en cuenta que mediante auto de 20 de julio de 2017 (RCA 389/2017; ES:TS :2017:8034A) se admitió el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Alcobendas, para



«[d]eterminar 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», y en el presente caso subyace el mismo interés casacional objetivo que en aquel recurso, pero debe señalarse, a su juicio, por el Tribunal Supremo cuál es la trascendencia, desde el punto de vista de la carga de la prueba, de la titularidad o propiedad de la red de comunicaciones o recursos instalados en el dominio público local en los casos de telefonía fija, a los efectos de determinar el hecho imponible y el sujeto pasivo de este tipo de tasas del artículo 24.1.c) TRLHL.

4.2. Igualmente entiende que se dan las circunstancias de las letras a) y g) del artículo 88.2 LJCA .

4.3. 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) LJCA], puesto que contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo anteriormente invocada y el propio Derecho de la Unión Europea, dado que el límite contemplado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, *Vodafone España y France Telecom España* , referida en exclusiva a la telefonía móvil, consiste en no incluir en los cánones o tasas a los operadores que sin ser propietarios de los recursos instalados en el dominio público, utilicen los recursos instalados por otras operadoras, pero la mercantil recurrente en la instancia sí es propietaria de las instalaciones de Alcobendas. Aduce, además, que la mayor utilidad en estos casos consiste, para la empresa en cuestión, en poder desplegar por el subsuelo de las vías públicas municipales el cable o la fibra óptica que permita conectar sus distintos elementos de red, de modo que resulten aptos para prestar el servicio; obviamente, ese cable o fibra es propiedad de quien lo instala, según señala el artículo 11.1 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [DOUE, serie L, número 108, de 24 de abril de 2002, p. 33], que se refiere a la empresa u operadora habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, subsuelo o el espacio situado por encima del suelo, y en cuanto a los términos recursos e instalaciones, se refiere a las infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica y a su colocación física en la propiedad pública o privada.

4.4. La sentencia en cuestión resuelve un proceso en que se impugnó indirectamente una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA].

5. No aporta razones distintas de las que se infieren de lo expuesto para fundamentar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado con el fin de justificar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- 1. La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 3 de octubre de 2017 , emplazando a las partes con su notificación ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. El Ayuntamiento de Alcobendas, parte recurrente, ha comparecido el 3 de noviembre de 2017, y ORANGE, parte recurrida, lo ha hecho el 19 de diciembre siguiente, dentro ambas del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

TERCERO.- En su escrito de personación, ORANGE se ha opuesto a la admisión del recurso de casación preparado, al amparo del artículo 89.6 LJCA , alegando en síntesis lo que sigue:

1º. Falta de una correcta identificación de las normas y jurisprudencia que se consideran infringidas, por lo que el escrito de preparación incumple el requisito contemplado en el artículo 89.2.b) de la LJCA , porque si bien hace expresa mención a las normas que considera vulneradas, no ha justificado que hayan sido tomadas en consideración por la Sala de instancia, ni tampoco detalla las razones por las que, concretamente, se entiende vulnerada la jurisprudencia de contraste que cita. A su juicio, el contenido del fundamento segundo del escrito de preparación no es sino una mera reiteración de los fundamentos materiales que, en opinión de la recurrente, denotan la validez del acto administrativo impugnado, no siendo éste el momento procesal oportuno para efectuar tales manifestaciones, al no ser el recurso de casación en ningún caso una tercera instancia; máxime después de su última reforma. El requisito contemplado en el apartado b) del artículo 89.2 de la LJCA no se cumplimenta, dice, con la mera alusión a los fundamentos que a juicio de la recurrente defienden su postura, exige poner de relieve los fundamentos de la sentencia recurrida que, de manera expresa, vulneran una determinada norma o jurisprudencia de contraste. Por ello, como en ningún momento se realiza alusión alguna al contenido de la sentencia impugnada, no se puede admitir que el recurrente haya dado correcto cumplimiento al requisito de identificación de la infracción en el fallo de la sentencia establecido por el Tribunal Supremo.



2º. Improcedente solicitud de una nueva valoración de la prueba en sede casacional, olvidando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 *bis* LJCA , no es posible en sede casacional revisar los hechos que ya han sido probados, ni valorar nuevamente la prueba que ya ha sido practicada por la Sala de instancia. El escrito de preparación del recurso de casación tiene como punto de partida la supuesta titularidad de la red por parte de ORANGE, pese a que la misma ha sido declarada como un hecho no probado por la sentencia apelada, incurriendo de este modo en el defecto de hacer supuesto de la cuestión.

3º. Inexistencia de interés casacional. Por último, no concurre, a su juicio, el requisito objetivo necesario y básico para que se admita a trámite el escrito de preparación del recurso de casación, recogido en el artículo 89.2.f) de la LJCA , que consiste en la especial fundamentación del interés casacional. Llama la atención sobre el hecho de que en el cuerpo del escrito de preparación se defiende únicamente el interés casacional objetivo por la concurrencia de la circunstancia de la letra a) del artículo 88.2 LJCA , porque la circunstancia de la letra g) simplemente se cita, sin motivación alguna.

3º.a) Sostiene respecto de la circunstancia de la letra a), que nada puede ser reprochado a la Sala *a quo* , puesto que el *iter* argumental que sigue para alcanzar su conclusión no entra en contradicción con ninguno de los pronunciamientos de Tribunal Supremo alegados por la parte recurrente, sino que, «amparándose en la Directiva autorización -dirigida a todos los tipos de comunicaciones electrónicas entre las que, evidentemente, se encuentra la telefonía fija-, y en las aclaraciones contenidas en el auto del TJUE de 30 de enero de 2014, se limita, con buen criterio, a hacer extensivos a la telefonía fija los efectos de la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012. En este sentido, la Sala concluye que no se podrá liquidar una tasa por aprovechamiento a operadores que no sean titulares de las redes, independientemente de que estos se utilicen para prestar servicios de telefonía fija o móvil, conclusión que en modo alguno se opone a la normativa y jurisprudencia citada por el recurrente». «Habiendo dejado meridianamente claro el TJUE que la Directiva autorización se opone a la exacción de una tasa a los operadores no titulares de redes», y «siendo clara la postura adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede considerarse en modo alguno que exista, en la sentencia recurrida, una contradicción con otros pronunciamientos judiciales [...], pues lo manifestado en la sentencia de instancia no es más que una reproducción de las premisas impuestas por los Tribunales comunitarios cuyo contenido, en virtud del principio de primacía del Derecho Comunitario, vincula a nuestros tribunales nacionales. En consecuencia, y teniendo en cuenta que la Directiva autorización no distingue entre telefonía fija o telefonía móvil y se opone a la exacción de tasas a los operadores no titulares, resulta indudable que no se ha producido ninguna vulneración».

3º.b) En cuanto a la circunstancia de la letra g) del artículo 88.2 LJCA , aunque en el proceso de instancia se impugnó indirectamente una disposición de carácter general, una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Alcobendas, no se aprecia la relación entre el motivo alegado - impugnación de una disposición de carácter general - y el argumento ofrecido a continuación -relativo a la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de telefonía fija-. Entrar a analizar esa cuestión en una tercera instancia supondría viciar la finalidad de exclusividad del recurso de casación, creando una situación de inseguridad jurídica, por lo que no concurre, así, razón alguna que permita apreciar el requerido interés casacional. Subraya que esta Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el alcance de la «Directiva autorización». Trae a colación, por todas, la sentencia de 8 de junio de 2016, sin más datos, en la que se determinó: «El artículo 13 de la Directiva autorización no permite incluir en los cánones o tasas a los operadores que, sin ser propietarios de los recursos instalados en el dominio público, utilicen los recursos instalados de otras operadoras».

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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 Alcobendas 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 identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal y jurisprudencia que se reputan infringidas, alegadas en el proceso, tomadas en consideración por la Sala de instancia o que ésta hubiera debido observar aun sin ser alegadas. También se justifica de forma suficiente que su infracción ha sido relevante y determinante del fallo de sentencia impugnada [artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)]. Si se atiende a la triple posibilidad legalmente admitida, «alegadas en el proceso», «tomadas en consideración por la Sala de instancia» o «que ésta hubiera debido observar aun sin ser alegadas», y no se olvidan las remisiones expresas que se contienen



en el tercer fundamento de derecho de la sentencia impugnada a otras sentencias previas con el mismo objeto, se concluye que no concurren los defectos formales que, con respecto a esos requisitos, le imputa la parte recurrida, porque, al fin y al cabo, lo que hace la sentencia de apelación por reenvío es extender a la telefonía fija y a los servicios de internet las limitaciones que, incluidas en el artículo 24.1.c) TRLHL para la telefonía móvil, vienen impuestas por 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) [DOUE serie L, número 108, de 24 de abril de 2002, p. 21], según han sido interpretados por el TJUE.

3. En el escrito de preparación se justifica, con especial referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el recurso de casación preparado, porque la sentencia discutida fija, ante situaciones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas que invoca como infringidas y que fundamentan el fallo contradictoria con la sostenida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA], y resuelve un proceso en el que fue impugnada indirectamente una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA]. De las razones que ofrece para justificar ese interés casacional objetivo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que también puede darse por cumplido el requisito del artículo 89.2.f) LJCA .

SEGUNDO.- 1 . Por las razones que dimos en el auto de 20 de julio de 2017 (RCA 389/2017), con el que admitimos un recurso de casación muy semejante a éste, preparado por la misma parte recurrente, el Ayuntamiento de Alcobendas, y en el que la parte recurrida era también ORANGE ESPAGNE, S.A.U., razones sobradamente conocidas por ambas partes procesales, lo que nos permite darlas aquí por íntegramente reproducidas, este recurso de casación presenta, a juicio de esta Sección Primera, interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, pues no nos parece evidente que las conclusiones jurídicas a las que llega la Sala de instancia se extraigan de la jurisprudencia del TJUE, no pudiendo descartarse su necesaria intervención a título prejudicial 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).

2. 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, como allí también dijimos.

TERCERO.- 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 2 del anterior fundamento jurídico.

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

QUINTO.- 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/5565/2017, preparado por el Ayuntamiento de Alcobendas contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2017 por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación 425/2016 .

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 Maria Diez-Picazo Gimenez Celsa Pico Lorenzo

Emilio Frias Ponce Jose Antonio Montero Fernandez

Jose Maria del Riego Valledor Ines Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ