



Roj: **ATS 10677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:10677A**

Id Cendoj: **28079130012018201766**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2018**

Nº de Recurso: **735/2018**

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 CV 8103/2017,**
ATS 10677/2018,
STS 1728/2021

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 10/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 735/2018

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. M^a Angeles Moreno Ballesteros

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: RCF

Nota:

R. CASACION núm.: 735/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Angeles Moreno Ballesteros

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. Rafael Fernandez Valverde

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 10 de octubre de 2018.

HECHOS

PRIMERO. - 1. La procuradora doña Purificación Higuera Luján, en representación del Ayuntamiento de Alicante y mediante escrito fechado el 21 de diciembre de 2017, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación 83/2016.

2. Dicha sentencia confirma la apelada y, anula por ser no ser conformes a derecho «la resolución del Ayuntamiento de Alicante, de fecha 30 de septiembre de 2015, que desestimaba recurso de reposición frene a liquidaciones tributarias giradas en concepto de tasa de aprovechamiento especial de vuelo, suelo y subsuelo de las vías públicas municipales del término municipal de Alicante correspondiente al segundo trimestre del año 2015; asimismo, se entable recurso indirecto frente a la ordenanza fiscal reguladora de la tasa". Se matiza que la anulación Ordenanza de la Junta Municipal de Gobierno de 11 de febrero de 2003 y publicada en el BOP el 29 de marzo de 2003 se refiere únicamente a los artículos 2, 4 y 5. Todo ello sin expresa condena en costas.».

3. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, el Ayuntamiento de Alicante identifica como infringidos los artículos 23 y 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»] y la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de fecha 10 de octubre de 2012 (casación n° 4307/2009: ECLI:ES:TS:2012:6485) y 10 de noviembre de 2014 (casación n° 985/2014: ECLI:ES:TS:2014:4498).

4. Razona que tal infracción ha sido relevante y determinante del fallo que discute, atendido «que 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 trasnacional para la telefonía móvil, concluyendo que la exclusión del régimen especial previsto en el repetido artículo 24. Le) 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 tres siguientes razones:

La sentencia recurrida **(i)** ha fijado, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido [artículo 88.2.a) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio) -«LJCA»-]; **(ii)** sienta una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales y afecta a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [artículo 88.2.b) y c) LJCA]; **(iii)** interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA]; **(iv)** resuelve un proceso en que se impugnó indirectamente, una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA]; **(v)** ha aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA] y **(vi)** se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea [artículo 88.3.b) LJCA].

SEGUNDO. - 1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 12 de enero de 2018, 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 José Abajo Abril, quien se ha opuesto a la admisión del recurso, alegando, en síntesis:



2.1. Falta de una correcta identificación de la jurisprudencia que se considera infringida en el procedimiento [artículo 89.2.b) LJCA].

2.2. Falta de especial fundamentación de la concurrencia de algunos de los supuestos recogidos en los apartados 2 y 3 del artículo 88 que permitan apreciar el interés casacional objetivo y la concurrencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

2.3. Falta de interés casacional. (art. 88 LJCA) porque:

2.3.1. Después de 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), 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 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.

2.3.3. Por último, la representación procesal de ORANGE ESPAGNE, S.A.U. subraya que esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el alcance de la directiva Autorización. Por todas, trae a colación la Sentencia de 8 de junio de 2016 (casación 1351/2016: ECLI:ES:TS:2016:2662) en la que esta Sala determinó que: «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 Alicante 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 jurisprudencia que se considera infringida, de modo que el Tribunal Superior de Justicia adopta su decisión interpretando y aplicando los preceptos invocados, 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, sostenerse que el escrito de preparación adolece de la fundamentación suficiente.

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 ha fijado, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido [artículo 88.2.a) LJCA]; sienta una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales y afecta a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [artículo 88.2.b) y c) LJCA]; interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial [artículo 88.2.f) LJCA]; resuelve un proceso en que se impugnó indirectamente, una disposición de carácter general [artículo 88.2.g) LJCA]; aplica normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA] y se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea [artículo 88.3.b) LJCA].

Se razona suficientemente la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO. - 1. La sentencia impugnada admite que la cuestión planteada no es pacífica (F.D.4º), citando Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo-Sección Primera «21 de julio de 2017-rec. 1994/2017 (ROJ: ATS 8014/2017 - ECLI:ES:TS:2017:8014A) 31 de mayo de 2017 (RCA 1290/2017, ES:TS:2017:5068A , y RCA



1352/2017, ES:TS:2017:5030A), 14 de junio de 2017 (RCA 1383/2017, ES:TS:2017:5768A), y 21 de junio de 2017 (RCA 1636/2017, ES:TS:2017:6112A) en los que se ha planteado la siguiente cuestión: (...) 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. (...)».

2. Formulada esa precisión, la sala de instancia anuncia que el recurso debe ser desestimado, por coherencia con las decisiones adoptadas por esa misma sala, e invocando abundantes precedentes también de otros Tribunales Superiores de Justicia, fijando como doctrina: «(...) debemos concluir que 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 también, 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 fija (...)».

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, *Albacom 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 la Comunidad Valenciana 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).

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.

10. A la vista de lo anteriormente expuesto, este Tribunal Supremo se ha dirigido al TJUE, mediante Auto de 12 de julio de 2018 (casación 1636/2017: ECLI:ES:TS:2018:8408A) a fin de preguntarle las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Primero. Si la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas ("Directiva autorización"), interpretada por el TJUE en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, y, específicamente, las limitaciones que la misma contempla en sus artículos 12 y 13 al ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros, resulta de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet.

Segundo. En el caso de que la cuestión anterior fuese respondida afirmativamente (y se declarara la aplicación de aquella Directiva a las prestadoras de servicios de telefonía fija e internet), si los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa -propietaria de los recursos instalados- con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente.»

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 9 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/735/2018, preparado por la procuradora doña Purificación Higuera Luján, en representación del Ayuntamiento de Alicante contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación 83/2016.

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 Díez-Picazo Gimenez Rafael Fernandez Valverde

Maria del Pilar Teso Gamella Jose Antonio Montero Fernandez

Jose Maria del Riego Valledor Ines Huerta Garicano