



Roj: **ATS 9055/2021 - ECLI:ES:TS:2021:9055A**

Id Cendoj: **28079130012021201449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2021**

Nº de Recurso: **7503/2020**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **TEAC 16-03-2017,**  
**SAN 1577/2020,**  
**ATS 9055/2021,**  
**STS 3080/2022**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 30/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7503/2020

Materia: OTROS TRIBUTOS

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 7503/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**



Excmos. Sres.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 30 de junio de 2021.

## HECHOS

**PRIMERO.** - 1. La procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., asistida del letrado don Javier Viloria Gutiérrez, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso 565/2016, promovido por la citada sociedad contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), de 16 de marzo de 2017, en virtud de que se estima en parte la reclamación económico-administrativa interpuesta contra acto de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 29 de mayo de 2013, que acuerda la retroacción de actuaciones a fin de que se responda a las alegaciones que se planteen y se desestima la reclamación formulada contra liquidación por Impuesto sobre Actividades Económicas, ejercicio 2013.

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

**2.1.** Los artículos 2, 3, 4, 6, 12, 13 y 14 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") [DOCE de 24 de abril], interpretados a tenor de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (" TJUE") de 27 de junio de 2013 (asunto C-71/12, Vodafone Malta Ltd.) que determina cuándo un gravamen está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva autorización; de 12 de julio de 2012 (asunto C-55/11, Vodafone España, S.A., ECLI: EU:C:2012:446), sobre el carácter del régimen tributario de la Directiva autorización como un régimen de máximos que los Estados miembros no pueden sobrepasar; y de 18 de enero de 2017 (asunto C-189/15, Fondazione Santa Lucia, ECLI: EU:C:2017:17), sobre la improcedencia de oponer distinciones basadas en categorías tributarias nacionales.

**2.2.** Artículo 8 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").

**2.3.** Artículo 14 de la Constitución Española, en relación con los artículos 9.3 y 31.1 del mismo texto, así como su artículo 38.

**3.** Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida y que forman parte del Derecho estatal y del de la Unión Europea.

**4.** Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en las letras c), d) y f) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ["LJCA"], así como la presunción contenida en el artículo 88.3, letra a) LJCA.

**5.** No aporta razones específicas y distintas de las que derivan de lo expuesto para fundamentar el interés casacional objetivo con el objeto de justificar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

**SEGUNDO.** - La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 10 de noviembre de 2020, habiendo comparecido la empresa VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., recurrente, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho como parte recurrida la Administración General del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - Requisitos formales del escrito de preparación.



1. El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89.1 de la LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de recurso de casación ( artículo 86 de la LJCA, apartados 1 y 2) y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U, se encuentra legitimada para interponerlo, al 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, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en consideración por la Sala de instancia. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 de la LJCA, letras a), b), d) y e)].
3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque la sentencia impugnada (i) fija una doctrina que afecta a un gran número de situaciones y trasciende del proceso [ artículo 88.2.c) de la LJCA]; (ii) interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial [ artículo 88.2.f) LJCA]; (iii) resuelve un debate que ha versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida [ artículo 88.2.d) LJCA], siendo así que, además, (iii) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [ artículo 88.3.a) de la LJCA]. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

#### **SEGUNDO. - Sentencia impugnada y cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional.**

1. La sentencia de 22 de junio de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestima el recurso interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., en el que se impugnaba un resolución económico-administrativa dictada en materia de Impuesto sobre Actividades Económicas, conteniendo su *ratio decidendi* en el Fundamento de Derecho Sexto, donde se sostiene que los artículos 12 y 13 de la Directiva Autorización no impiden a los Estados exigir tributos distintos a los previstos en esta Directiva a los operadores de telecomunicaciones, ya que esta norma, al establecer el invocado régimen de máximos, y aunque utilice el término canon, se refiere específicamente a las tasas, pues son figuras que responden a la idea de contraprestación.

No existe, según lo razonado en la sentencia, contravención alguna de los antedichos preceptos de la Directiva, pudiendo exigirse el impuesto sobre actividades económicas por la realización del hecho imponible consistente en el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no el local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 78.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, "TRLRHL".

Desestima asimismo el motivo referente a una posible discriminación injustificada a los operadores de telefonía móvil y no aprecia la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial sobre el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que aprueban las tarifas y la instrucción del IAE.

La citada sentencia constituye el objeto del presente recurso de casación.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, al apreciar esta Sección de admisión que el mismo presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de las siguientes cuestiones:

Determinar si el Derecho de la Unión Europea y, en particular, 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), interpretada a la luz de la jurisprudencia del TJUE, se opone a la exigencia del Impuesto sobre Actividades Económicas a los operadores de telefonía móvil, en las concretas condiciones establecidas por la legislación española.

Determinar si la tributación prevista en el epígrafe específico para el servicio de telefonía móvil -761.2- que difiere de la establecida en el epígrafe para el servicio de telefonía fija -761.1- en cuanto contempla una cuota nacional considerablemente mayor por cada mil abonados, comporta una discriminación injustificada.

#### **TERCERO. - Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.**

1. Si bien la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas [DOCE de 17 de diciembre], ha



derogado la Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización) con efectos a partir del 21 de diciembre de 2020, la unidad interpretativa del Derecho de la Unión que, como jueces nacionales, estamos obligados a preservar, determina la necesidad de admitir el presente recurso.

Tal necesidad se refleja también en la circunstancia de que la Directiva (UE) 2018/1972 se refiere en su artículo 42 a las "Tasas por derechos de uso del espectro radioeléctrico y derechos de instalar recursos", en términos semejantes a como lo hacía la Directiva autorización en su artículo 13, no obstante la llamativa modificación de que mientras esta última se refería a "*Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos*", aquella alude a "*Tasas por derechos de uso del espectro radioeléctrico y derechos de instalar recursos* y, todo ello, además, de que su artículo 95 alude también a las "*Tasas por derechos de uso de recursos de numeración*"

**2.** Además, conviene recordar que la tributación de los operadores de telefonía móvil se ha abordado desde la perspectiva que ofrecen figuras tributarias distintas.

Esta misma Sala del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que el Derecho de la Unión prima sobre el Derecho nacional y que la exégesis última del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE corresponde al TJUE conforme al reparto de competencias jurisdiccionales diseñado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, acordó, en Auto de 28 de octubre de 2010, someter al Tribunal de Justicia de la Unión una cuestión prejudicial sobre si este precepto 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 y sobre si cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictó sentencia de 12 de julio de 2012 (en los asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11), que declaró improcedente la tasa municipal por el uso de redes por considerar que el citado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, al que reconoce eficacia directa, 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.

Posteriormente, en aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de junio de 2015, RCA 742/2014, entendió que solo los operadores de telefonía móvil habían de quedar liberados del pago de la tasa municipal cuestionada, no así, el resto de operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, televisión, servicios de datos...).

En cumplimiento de esta doctrina, los Ayuntamientos solo podrán cobrar tasas municipales por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público municipal a los operadores de redes de telecomunicaciones titulares de instalaciones, pero no a los operadores interconectados o con derechos de acceso que se limiten a usar las instalaciones de otras empresas para prestar sus servicios.

Ulteriormente, en sede de recurso de casación, se ha suscitado una cuestión jurídica similar a la planteada en el que nos ocupa en cuatro recursos de casación ya admitidos a trámite por autos de 8 de mayo de 2020 [RCA/6908/2019; ECLI:ES:TS:2020:3178 A, RCA/6289/2019; ECLI:ES:TS:2020:3158 A, RCA/6293/2019; ECLI:ES:TS:2020:2800A y RCA/6114/2019; ECLI:ES:TS:2020:2748A] en los que se estimó que existía interés casacional en "[d]eterminar si la exigencia del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por la concesión de un uso privativo de dominio público radioeléctrico, puede contravenir el Derecho de la Unión Europea, al aplicarse de forma concurrente a la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico".

Precisamente sobre este extremo, el TJUE ha dictado sentencia, en fecha 6 de octubre de 2020, en la que ha declarado que el artículo 13 de la Directiva Autorización debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro cuya normativa establece que el derecho de uso de radiofrecuencias está sujeto a una tasa por reserva del dominio público radioeléctrico sujeto, además, la constitución de concesiones administrativas de ese dominio público, a un impuesto sobre transmisiones patrimoniales, siempre que esa tasa de espectro y ese impuesto, en su conjunto, cumplan los requisitos establecidos en el referido artículo.

**3.** Expuesto lo anterior, el presente recurso plantea específicamente, la posible incompatibilidad del IAE con las Directiva 97/13/CEE y 2002/20/CE. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo emitió un pronunciamiento desestimatorio en la sentencia de 2 de marzo de 2016, dictada en el recurso de casación 1542/2011, (ECLI:ES:TS:2016:930), con fundamento en que la naturaleza de este tributo nada tiene que ver con las tasas, cánones y derechos que esas directivas regulan, pues el impuesto sobre actividades económicas es un impuesto que grava el mero ejercicio de una actividad económica, en tanto que las directivas mencionadas aluden a cánones, derechos y gravámenes que se refieren, en último término, a elementos constitutivos de la actividad autorizada. (Fundamento de Derecho Octavo).



No obstante, la cuestión merece un nuevo pronunciamiento que refuerce o, si es necesario, matice, esta doctrina, habida cuenta de la última jurisprudencia emitida por el TJUE. En la sentencia de 6 de octubre de 2020, asunto C-443/19, Vodafone-España, antes referida, se ha dicho, aunque respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que, dado que constituye una condición previa para obtener el derecho de uso de las radiofrecuencias, el mismo "tiene las características de un canon establecido como contrapartida de este derecho de uso". Semejante precisión hace pertinente que este Tribunal Supremo emita un nuevo pronunciamiento sobre la cuestionada compatibilidad del impuesto sobre actividades económicas y las directivas aducidas, a la vista de la eventual asimilación entre impuestos y el concepto de canon conformado por el Derecho de la Unión Europea, que, en su caso, quepa inferir de la jurisprudencia del TJUE.

4. Por otra parte, respecto a la cuestión relativa a la diferencia de cuota nacional prevista para los operadores de telefonía móvil en el Real Decreto Legislativo 1175/1990 por el que aprueban las tarifas y la instrucción del IAE (por cada 1.000 abonados o fracción 632,11 euros más 649,16 euros por antena, epígrafe 761.2), respecto de la contemplada para los operadores de telefonía fija (por cada 1.000 abonados o fracción 137,48 euros, epígrafe 761.1), no existen pronunciamientos que la aborden directamente. Estas previsiones fueron introducidas por la ley 51/2002, de 27 de diciembre, (BOE núm. 311, de 28 de diciembre), que supuso el desdoblamiento y nueva denominación del epígrafe 761, con el consiguiente establecimiento de diferentes tarifas para la telefonía fija y la móvil, y la adición del elemento tributario consistente en el número de antenas para la segunda en el epígrafe 761.2. Así, aunque hay sentencias de este Tribunal Supremo que han estudiado los efectos de la modificación que supuso tal desdoblamiento del epígrafe por la mencionada ley de 2002, y en particular la introducción del nuevo elemento tributario relativo al número de antenas, como la de 17 de julio de 2013, dictada en el recurso de casación 2937/2010, o la antes citada de 2 de marzo de 2016, recurso de casación 1542/2011, ninguna lo ha hecho en los términos aquí planteados.

En las condiciones referidas se hace conveniente, por lo tanto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación, que se halla dotada de una evidente proyección general.

5. Así, esta cuestión presenta evidente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo [ artículo 88.3.a) LJCA] y porque es necesario que este Tribunal Supremo fije un criterio interpretativo en consonancia con los pronunciamientos del TJUE invocados, dándose el interés casacional objetivo por la razón que contempla el artículo 88.2.f) LJCA.

#### **CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.**

1. 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, las cuestiones formuladas en el punto 1 del anterior razonamiento jurídico.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son:

2.1. Los artículos 2, 3, 4, 6, 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 comunicaciones electrónicas.

2.2. Los artículos 14, 9.3, 31.1 y 38 de la Constitución Española.

2.3. Anexo I del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que aprueban las tarifas y la instrucción del IAE, epígrafe 761.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

#### **QUINTO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo.**

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

#### **SEXTO. -Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la 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/7503/2020, preparado por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso 565/2016.

**2º)** Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

*Determinar si el Derecho de la Unión Europea y, en particular, 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), interpretada a la luz de la jurisprudencia del TJUE, se opone a la exigencia del Impuesto sobre Actividades Económicas a los operadores de telefonía móvil, en las concretas condiciones establecidas por la legislación española.*

*Determinar si la tributación prevista en el epígrafe específico para el servicio de telefonía móvil -761.2- que difiere de la establecida en el epígrafe para el servicio de telefonía fija -761.1- en cuanto contempla una cuota nacional considerablemente mayor por cada mil abonados, comporta una discriminación injustificada.*

**3º)** Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

**3.1.** Los artículos 2, 3, 4, 6, 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 comunicaciones electrónicas.

**3.2.** Los artículos 14, 9.3, 31.1 y 38 de la Constitución Española.

**3.3.** Anexo I del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que aprueban las tarifas y la instrucción del IAE, epígrafe 761.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme ( artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman.