



Roj: **STS 2782/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2782**

Id Cendoj: **28079130022015100309**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **742/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN GONZALO MARTINEZ MICO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 7308/2013,**  
**STS 2782/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados anotados al margen, el presente recurso de casación núm. 742/2014 interpuesto por el Ayuntamiento de Catarroja (Valencia), representado por Procuradora y dirigido por Letrado, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 4 de diciembre de 2013, en el recurso del citado orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 2403/2010, interpuesto contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, por empresas que prestan servicios de telefonía móvil.

Se ha personado como parte recurrida Telefónica Móviles España S.A.U., representada por Procuradora y dirigida por Letrada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En sesión extraordinaria de fecha 21 de septiembre de 2010 el Ayuntamiento en Pleno de Catarroja (Valencia) aprobó definitivamente la Ordenanza Fiscal nº 219, reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas que prestan servicio de telefonía móvil.

Del acuerdo aprobando la Ordenanza Fiscal se dio amplia difusión mediante edicto del Ayuntamiento de Catarroja publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia núm. 232, de fecha 30 de septiembre de 2010.

**SEGUNDO.-** Contra la aprobación definitiva, por parte del Ayuntamiento de Catarroja, de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa supracitada la entidad mercantil TELEFÓNICA MÓVILES S.A., que desarrolla una actividad empresarial de prestación de servicios de telefonía móvil automática, promovió recurso contencioso-administrativo ante la *Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana* que fue turnado a la Sección Tercera y resuelto en *sentencia de 4 de diciembre de 2013*, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que, con estimación parcial del presente recurso contencioso-administrativo, debemos anular y anulamos la Ordenanza Fiscal identificada en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, ello en los extremos explicitados en el primer párrafo del fundamento de derecho segundo. Sin efectuar expresa condena en las costas procesales".

En el primer párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida se reconocía la ilegalidad del hecho imponible de la Ordenanza de que aquí se trata (en la medida en que incluye en la definición del mismo -art. 2.1- el aprovechamiento especial del dominio público local "con independencia de la titularidad de



las redes"), así como de la regulación del sujeto pasivo (en cuanto que comprende –art. 3.1– a las empresas explotadoras que aprovechen el dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil, "ya sea sobre redes propias o ajenas").

**TERCERO.-** Contra la referida sentencia la representación procesal del Ayuntamiento de Catarroja preparó ante el Tribunal "a quo" el presente recurso de casación, que, una vez tenido por preparado, fue interpuesto en plazo ante esta Sala. Y, formalizado por la representación procesal de la parte recurrida -Telefónica Móviles de España SAU- su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló la audiencia del día 10 de junio de 2015 para la votación y fallo de este recurso, día en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló, lo que se llevó a cabo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Mico, quien expresa el parecer de la Sección

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna, mediante este recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Catarroja, la sentencia de 4 de diciembre de 2013 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por la que se estimó parcialmente el recurso núm. 2403/2010, anulando los artículos 2.1 y 3.1 de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas que prestan servicios de telefonía móvil. Se reconocía así la ilegalidad del hecho imponible de la Ordenanza de que aquí se trata, en la medida en que incluía en la definición del mismo (art. 2.1) el aprovechamiento especial del dominio público local "con independencia de la titularidad de las redes", así como la ilegalidad de la regulación del sujeto pasivo (art. 3.1), en cuanto que comprende a las empresas explotadoras que aprovechen el dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil, ya sea sobre redes propias o ajenas".

**SEGUNDO.-** El **primer motivo de casación** se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por vulneración de los artículos 209 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 porque la sentencia incurre en **incongruencia omisiva**, con vulneración asimismo de la jurisprudencia que los aplica.

Dice el Ayuntamiento recurrente que la sentencia recurrida vulnera los preceptos citados al haber incurrido en **incongruencia omisiva porque omite toda consideración y toda respuesta respecto de la causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo planteada** por el Ayuntamiento entonces recurrido en su escrito de contestación a la demanda.

En el escrito de contestación a la demanda, con reiteración en el de conclusiones, el Ayuntamiento planteó la concurrencia de la **causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69.b) de la LJCA, en relación con el artículo 45.2.d) de la misma LJCA, y ello por cuanto la parte actora no había acompañado el acuerdo adoptado por el órgano competente de la entidad en orden a la interposición del recurso, ni ha acreditado con los Estatutos de la sociedad cuál fuera dicho órgano, sin que la sentencia recurrida hiciera ninguna mención ni se pronunciase en absoluto respecto de dicha causa de inadmisibilidad del recurso planteada por el Ayuntamiento ahora recurrente incurriendo por ello en el vicio de incongruencia omisiva.**

2. Es de destacar que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU (en adelante TME) aportó, junto al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no solo el poder general para pleitos de la procuradora, sino que además aportó la copia de la **Certificación de 1 de octubre de 2008 expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la compañía en la que se hacía constar el Acuerdo del Consejo de Administración, en reunión de 1 de septiembre de 2008**, de "autorizar la interposición, en nombre y representación de la sociedad por parte de los Letrados y Procuradores debidamente apoderados a tal efecto por la misma, de cuantos recursos contencioso-administrativos se estimen necesarios o convenientes para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad, contra las disposiciones, actos, inactividades o actuaciones constitutivas de vía de hecho, dentro del ámbito del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y ante todas las instancias jurisdiccionales, incluyendo la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo". La suficiencia de dicho acuerdo, ha sido declarada por este Tribunal en las siguientes sentencias:

- Sentencia TS (Sala contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 8 de marzo de 2013 (Rec. casa. 1489/2011).
- Sentencia TS (Sala contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 23 de noviembre de 2012 (rec. casa. 6427/2011).

Ambas sentencias declaran que "nos hallamos ante una autorización genérica para el ejercicio de acciones que satisface plenamente las exigencias contenidas en el artículo 45.2.d) de la LRJA".

Pero es que, además, tras la presentación de la contestación a la demanda, TME presentó en el plazo de 10 días establecido en el artículo 138 LJCA, con fecha 13 de junio de 2011, y con carácter subsidiario, el **Acuerdo de 31 de mayo de 2011 del Consejo de Administración de TMSE SAU de fecha 31 de mayo de 2011**, para "autorizar la interposición en nombre y representación de la sociedad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, por parte de los Letrados y Procuradores debidamente apoderados a tal efecto por la misma, de recurso contencioso-administrativo ante la Sección 3ª de la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, procedimiento ordinario 312403I2010-CH, contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Catarroja reguladora de la Tasa por Utilización Privativa o Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local por empresas que prestan servicios de telefonía móvil (Insertada en las páginas 294 y siguientes del BOP de Valencia nº 232)". Este escrito, junto con el documento adjunto, fue unido a los autos y admitido por diligencia de 27.062011, notificada el siguiente uno de julio de 2011, sin que el ayuntamiento presentara recurso alguno contra dicha diligencia.

Finalmente, en las páginas 11 a 13 del escrito de conclusiones, de 18 de julio de 2011, TME defendió la suficiencia de la documentación aportada junto a su escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, citando cinco sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011 (casa. 6691/2010), 8 de abril de 2010 ( casa. 6351/2008 ), 17 de junio de 2009 (casa. 3123/2008), 14 de mayo de 2009 (casa. 3311/2008), 5 de mayo de 2009 (casa. 3307/2008), todas referidas a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, que declaran la **suficiencia del acuerdo de recurrir de la secretaría general**, por estar facultada para ello en virtud del apoderamiento otorgado al efecto, interpretado de forma sistemática. Por tanto, si es válido el acuerdo de recurrir de la secretaría general, que delega su poder a la procuradora, mucho más lo será el documento aportado TME con su escrito de interposición de recurso, ya declarada por el Tribunal Supremo: la Certificación de 1 de octubre de 2008, el Acuerdo del Consejo de Administración de 1 de septiembre de 2008.

Por tanto, la sentencia recurrida no incurrió en el vicio de incongruencia omisiva denunciado, pues tal causa de inadmisión no existió y, en consecuencia, no determina que la sentencia deba ser revocada por no concurrir la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento, lo que determina que no se haya generado ningún tipo de indefensión a la Administración demandada en el recurso contencioso administrativo.

Por otro lado, el núm. 2 del artículo 88 de la LJCA, exige para la alegación de la infracción de las normas procesales que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia, ( sentencias de 22 de junio de 2010, casa. 3871/2006, 19 de noviembre de 2010, ( casa. 6172/2006 ), 17 de enero de 2011, casación 5569/2006, 25 marzo 2011, casación 2541/2007, y muchas otras), lo que en este caso fue omitido por la aquí recurrente pese a haber sido notificada la diligencia de 27 de junio de 2011, el siguiente 1 de julio de 2011, acordando unir a los autos el escrito presentado por esta parte con fecha 13 de junio de 2011, aportando, con carácter subsidiario, el acuerdo de 31 de mayo de 2011 del Consejo de Administración de Telefónica Móviles España, SAU de fecha 31 de mayo de 2011. Pese a ello no manifestó su disconformidad ni presentó recurso alguno contra dicha diligencia.

En realidad, **este motivo del recurso de casación resulta inadmisibile** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.2 c) LJCA, por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales mediante SSTs (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 2a) de 8 de marzo de 2013 ( casa. 1489/2011 ) y 23 de noviembre de 2012 (casa. 6427/2011), que declaran, como hemos dicho, "(...) que nos hallamos ante una autorización genérica para el ejercicio de acciones que satisface plenamente las exigencias contenidas en el artículo 45.2.d) de la LRJA".

**TERCERO.- 1.** El **segundo motivo de casación** se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por vulneración de los artículos 209 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 porque la sentencia incurre en **incongruencia omisiva**.

Plantea la recurrente en el presente motivo la **incongruencia omisiva de la sentencia porque omite toda consideración y todo pronunciamiento sobre el motivo de oposición a la impugnación planteado por el Ayuntamiento en el escrito de alegaciones presentado ante la Sala de instancia el 21 de enero de 2013**, que obra en los autos.

En este escrito, por el que se daba cumplimiento al trámite conferido en la diligencia de ordenación de 18 de diciembre de 2012, en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, el Ayuntamiento razonó que la cuestión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario no



hacia perder a la Constitución su carácter de norma suprema. Y asimismo se razonó que, habiendo quedado acreditado que las operadoras de telefonía móvil realizan el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, resulta contrario al artículo 133 de la Constitución, –que reconoce y garantiza la potestad tributaria de las Entidades Locales– que se impida a la Administración local la exigencia de la tasa devengada por la realización del citado hecho imponible; y todo ello porque el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, en los términos en que ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 12 de julio de 2012, puede suponer una limitación al poder tributario del Estado, contraria a los artículos 90 a 93 y 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tanto en la versión consolidada de 1997, vigente al tiempo de entrada en vigor de la Directiva, como en las versiones posteriores; y a los artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que debía plantearse una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por invalidez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, en cuanto la Unión Europea no tiene atribución que le permita limitar la competencia tributaria del Estado para regular y exigir una tasa local, Y en ausencia de tal atribución competencial el Derecho interno no puede quedar desplazado por el Derecho de la Unión.

Pues bien, la sentencia recurrida, a pesar de que resuelve el recurso haciendo aplicación de la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, en absoluto se pronuncia sobre la alegación del Ayuntamiento, de la que resultaba la pertinencia y la **necesidad de plantear una cuestión prejudicial por invalidez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE**, incurriendo así en el vicio de incongruencia omisiva por dejar sin ninguna respuesta una cuestión que resultaba decisiva para la resolución del recurso, sin que quepa entender que la aplicación de la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012 por parte de la Sala de instancia supone un rechazo implícito a la alegación sustancial formulada por el Ayuntamiento de Catarroja por cuanto la cuestión prejudicial de interpretación y la cuestión prejudicial de validez, aún cuando previstas ambas en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin embargo poseen presupuestos, contenidos y efectos diferentes, de modo que el planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación no excluye ni obsta un posterior planteamiento de una cuestión prejudicial de validez sobre el mismo precepto, si, en efecto, surge la duda de validez.

2. Frente a la tesis del Ayuntamiento de Catarroja de que la sentencia de la Sala de Valencia incurre en incongruencia omisiva al no plantear una cuestión prejudicial sobre la invalidez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, invocada en su escrito de 21 de enero de 2013, debe decirse que tampoco en esta cuestión existe incongruencia omisiva por el silencio del Tribunal, pues olvida el Ayuntamiento recurrente que, con arreglo a la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2012, de 16 de julio, la incongruencia omisiva se produce cuando "una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste".

El quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia que se aduce en el motivo no puede prosperar y ello porque el Ayuntamiento recurrente no planteó en la contestación a la demanda la cuestión que se dice omitida por la sentencia. Recuérdese que el artículo 65.1 LRJCA establece que "en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación". Con base en esta previsión legal, jurisprudencia consolidada [plasmada, a título de muestra, en sentencias de esta Sala y Sección de 3 de mayo de 2004 y 10 de noviembre de 2005) rec. casa. nº 7025/2000 y 6867/2002 ] ha señalado que "el escrito de conclusiones tiene como finalidad ofrecer a las partes la posibilidad de hacer una crítica de la prueba practicada, concretar las alegaciones formuladas en sus escritos de demanda y contestación y combatir las formuladas por las demás partes. No es, en cambio, momento hábil para formular nuevas pretensiones ni causas de inadmisibilidad no opuestas en el escrito de contestación a la demanda". Y resulta lógica esta configuración legal y jurisprudencial del escrito de conclusiones, pues si se abre la puerta a la formulación en trámite de conclusiones de causas no opuestas en la contestación, la parte actora queda desprovista de oportunidades procesales para rebatir esa cuestión. En el presente caso, por lo tanto, la sentencia recurrida, al no pronunciarse sobre el planteamiento de esa supuesta cuestión prejudicial, no incurrió en el vicio de incongruencia omisiva denunciado, pues no fue formulada en el momento procesal oportuno y, en consecuencia, la sentencia no tenía que pronunciarse sobre la misma.

Pero es que además, como dice la sentencia de esta Sala (Sección cuarta), de 23 de junio de 2009 (casa. nº 4666/2007), aunque la Sala de instancia no se pronunció expresamente sobre el planteamiento de esta cuestión, no por ello incurrió en el vicio de incongruencia, pues la congruencia exige una confrontación entre la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, de lo que se ha de deducir la adecuación o no entre el resultado que pretenden obtener los litigantes, los hechos que sustentan sus pretensiones y las razones jurídicas que se basan y de la exégesis del artículo 234 del Tratado Consultivo de la Unión Europea, el planteamiento de esta cuestión es una facultad del órgano jurisdiccional que podrá pedir, "si estima necesaria una decisión al respecto". Esta facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales nacionales deja de serlo, convirtiéndose en obligación, en el supuesto de que ese órgano sea el de última instancia como recoge el





artículo 234 TEC. Pero aún así dicha obligación cedería en el supuesto de que no haya duda alguna sobre la interpretación del Derecho comunitario.

En este sentido, es de recordar que el propio TJCE elaboró una nota informativa sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial. (Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, DOUE núm. C 143 de 11 de junio de 2005 (LCEur 2005. 1358), pg. 2.), aclarando: "12. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno están obligados, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente".

Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 7 de junio de 2005, asunto 17/2003 (TJUE 2005,170), ENECO NV y otros, recuerda que "dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 Tratado de la Unión, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión es general o hipotética (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1997, asunto Bosman ; de 27 de noviembre de 1997 (TJCE 1997, 244), asunto Somalfrúit y Camar ; y de 13 de julio de 2000, asunto Idéal tourisme).

Y toda vez que a la Sala de instancia no le planteaban ninguna duda interpretativa los preceptos comunitarios invocados, ha de entenderse tácitamente rechazada la petición de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CUARTO.- El tercer motivo de casación** se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto la sentencia infringe el artículo 9.3 y 24.2 de la Constitución, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues la **falta de planteamiento de la cuestión de validez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE** determina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho al proceso debido con todas las garantías y el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, con indefensión de esta parte.

Argumenta el Ayuntamiento recurrente que la sentencia que se recurre ha supuesto una vulneración de los preceptos enunciados porque la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al proceso debido con todas las garantías y del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, exigían de la Sala de instancia el **planteamiento de la cuestión prejudicial de validez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dicho Tribunal es el único competente para pronunciarse sobre la invalidez del Derecho de la Unión Europea, sin que los órganos jurisdiccionales nacionales sean competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias.

El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE regula la posibilidad de que los Estados Miembros establezcan Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos, disponiendo que "los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de 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 la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)".

Téngase en cuenta que **es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que tiene la competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez de los actos de las instituciones comunitarias**, por otorgarle dicha competencia el artículo 177 del Tratado. Por eso la falta de planteamiento ante dicho Tribunal de la cuestión prejudicial de validez, postulada por la parte ahora recurrente ante la Sala de instancia, entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho al proceso debido con todas las garantías y del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley con indefensión efectiva de la parte, pues, conforme al artículo 96 de la Constitución, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea forma parte del Ordenamiento interno y siendo que este precepto atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, resulta evidente que el Tribunal



de Justicia de la Unión Europea es el "Juez ordinario predeterminado por la Ley" en el sentido del artículo 24.2 de la Constitución cuando se plantea una cuestión de validez del Derecho de la Unión Europea.

Por tanto, la falta de planteamiento de la cuestión de validez postulada por el Ayuntamiento de Catarroja ha supuesto la infracción de los derechos denunciados en este motivo, porque se ha resuelto el recurso contencioso-administrativo impidiendo el pronunciamiento del único Tribunal competente para declarar la invalidez del Derecho de la Unión, y ello en relación con una cuestión que resultaba decisiva para la resolución del recurso, pues el reconocimiento de la invalidez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE por parte del Tribunal Europeo habría conducido a la íntegra desestimación del recurso.

2. Se funda este tercer motivo del recurso de casación, al igual que el anterior, en la inaplicación del trámite incidental donde se ha de tramitar la procedencia o no de la cuestión prejudicial propuesta de forma extemporánea.

Por tanto, son aplicables las dos causas de oposición expuestas en el anterior motivo:

El ayuntamiento aquí recurrente no planteó en la contestación a la demanda la cuestión que se dice omitida por la sentencia.

El planteamiento de esta cuestión es una facultad del órgano jurisdiccional que podrá pedir, "si estima necesaria una decisión al respecto".

Pero además, este Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada (entre otras, en la sentencia de 15 de junio de 200, Sala Tercera, Sección Segunda, dictada en el rec. casa. nº 9071/1999) que la petición de planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo (lo mismo que sucede con las cuestiones de inconstitucionalidad), no puede servir para fundar la casación de la sentencia que se impugna y es lo cierto que lo que verdaderamente se pretende es que se enmiende la decisión adoptada por el tribunal sentenciador de no efectuar dicho planteamiento, lo que pertenece a su soberanía y ni siquiera exigía la motivación que fue expresada en los fundamentos del fallo.

En idéntico sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta) en sentencia de 28 de junio de 2011 (rec. casa. 369/2010).

En virtud del artículo 267 TFUE, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro, cuando tenga que pronunciarse en un procedimiento a cuyo término se dicte una resolución de naturaleza jurisdiccional, puede, en principio, remitir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial. La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado. Y en cuanto a las cuestiones de validez, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos.

En consecuencia, los motivos segundo y tercero del recurso de casación resultan igualmente inadmisibles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.2 c) LJCA, por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, en concreto, y entre otras:

– la sentencia (Sección 4a), de 23 junio 2009 (casa. 4666/2007), que declara que el no pronunciamiento expreso por la Sala sobre el planteamiento de la cuestión no incurre en el vicio de incongruencia, pues el planteamiento de esta cuestión es una facultad del órgano jurisdiccional.

– la sentencias del Tribunal Supremo (Sección 2a), de 15 junio 2000 (casa. 9071/199), y la de la Sección Cuarta, de 28 de junio de 2011 (casa. 369/2010), que declaran que la petición de planteamiento de cuestiones prejudiciales no puede servir para fundar la casación de la sentencia.

**QUINTO.- 1. El cuarto motivo de casación** se articula se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por **aplicación indebida del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, **de 7 de marzo de 2002**, dado que este artículo es contrario al artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada de 1997, y versiones posteriores, en relación con los artículos 90 a 93 y 95 del mismo Tratado y los correspondientes artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, con vulneración asimismo del artículo 267 del vigente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea por inaplicación del mismo.

La sentencia de la Sala de Valencia que se recurre ha resuelto el litigio haciendo aplicación al caso del criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, que interpreta el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002.



Sin embargo, la aplicación al caso del artículo 13 de la citada Directiva resulta contraria al ordenamiento jurídico, por cuanto dicho artículo vulnera el artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada de 1997 y versiones posteriores, en relación con los artículos 90 a 93 y 95 del mismo Tratado, y los correspondientes artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

El artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión consolidada de 1997, que es la vigente al tiempo de adoptarse la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 , y también en las versiones posteriores al mismo, dispone que "la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne".

Pues bien, ningún artículo del Tratado constitutivo, ni en concreto, los artículos 90 a 93 y 95 del mismo, ni tampoco los correspondientes a éstos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , artículos 110 a 113 y 114, atribuyen a la Unión Europea competencia para dictar una norma fiscal relativa a una tasa municipal, y, en concreto, a una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, lo que determina, atendida la aplicación que se hace del artículo 13 de la Directiva a la referida tasa local regulada en la Ordenanza objeto del recurso, que el citado precepto es inválido por carecer de base jurídica habilitadora y entrañar un acto ultracompetencial de la Unión Europea.

El título habilitador que se invoca en la propia Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, es el artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, artículo que no otorga a la Unión Europea ninguna competencia en materia fiscal que le permita incidir en una tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE , en cuanto se aplica al ámbito de la tasa local que grava la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por parte de las operadoras de telefonía móvil es inválido por falta de base jurídica que lo justifique, por cuanto el artículo 95 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, actual artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . excluye a las normas fiscales de su ámbito de aplicación, por lo que, careciendo de base jurídica que le sirva de cobertura, el artículo 13 de la Directiva, en el sentido señalado, es nulo, y ello determina que ha sido indebidamente aplicado por la Sala de instancia para resolver el recurso contencioso-administrativo.

2. En este motivo cuarto se pretende que el artículo 13 vulnera el artículo 5 (en relación con los arts. 90 a 93 y 95) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y los artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y ello porque, se dice, ninguno de estos preceptos atribuye a la Unión Europea competencia para dictar una norma fiscal relativa a una tasa municipal.

El Ayuntamiento recurrente pretende que la Comunidad Europea carezca de atribución competencial, ignorando que, como cláusula de cierre del sistema competencial, el artículo 308 TCE (antiguo art. 235) (actual art. 352 TFUE ). Reconoce residualmente a la CE competencia para lograr el funcionamiento del mercado común.

Todo ello sin perjuicio de que, además, debe tenerse en cuenta que el artículo 93 en el texto actual, que en el texto original era el 99, tiene un contenido distinto al que se pretende en el recurso de casación. No supone ninguna prohibición; es una autorización al Consejo de las Comunidades Europeas, órgano legislativo primario de la Comunidad Europea, para que adopte disposiciones que armonicen las legislaciones relativas a los impuestos en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el funcionamiento de la Comunidad, lo que supone el aceptar un límite a la soberanía fiscal por parte de los estados miembros. Este precepto no hace más que aplicar a unos supuestos específicos el principio general que se recoge en el artículo 3 del Tratado, en el que se establece que, para alcanzar los fines de la Comunidad, la acción de la misma implicará la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común, y que se desarrolla en el artículo 94, también del Tratado, que faculta al Consejo para dictar normas cuyo objetivo sea la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del Mercado Común.

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. La misma doctrina se ha mantenido en sentencias de 14 de febrero de 1995 , Schumacker, apartados 21 y 26 , y de 12 de diciembre de 2002 , apartado 75. En el mismo sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007 y 25 de enero de 2007 sientan la doctrina consolidada de que "con carácter preliminar, debe recordarse que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho Comunitario". Dichas sentencias se remiten a las de la sentencia de 13 de



noviembre de 2003, Schilling y Fleck-Schilling, apartado 22 , 4 de marzo de 2004 , Comisión/Francia, apartado 21, etc.

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.

Además, los Estados miembros, al autorizar al Consejo para aprobar Directivas para aproximar disposiciones legales y reglamentarias de carácter fiscal cuando esta aproximación coadyuve al establecimiento o al funcionamiento del Mercado Común, términos estos que han de identificarse con los objetivos de la comunidad, limitaron su soberanía fiscal. Estos poderes dados al Consejo en el artículo 94 tienen un carácter general, por lo que son de aplicación a la legislación fiscal en general.

La armonización fiscal por otra parte puede tener también como finalidad el coadyuvar a la realización de políticas comunitarias de competencia exclusiva de la Comunidad o en las que ésta tenga competencias compartidas con los Estados miembros.

En definitiva, la armonización fiscal en la Comunidad Europea no es un fin pero sí un instrumento que ha de servir únicamente para conseguir los objetivos propios de la Comunidad, teniendo como objetivo básico eliminar las distorsiones fiscales, que no son sino obstáculos a la consecución de los objetivos de la Unión Europea derivados de las diferencias en los sistemas fiscales de los Estados miembros. Sin embargo, es posible la utilización de la armonización fiscal para promover determinados objetivos de la Unión como pueden ser su política energética, la política sanitaria, la ecológica... etc. La incidencia de la Unión Europea sobre la soberanía fiscal de sus citados miembros no se limita a la armonización fiscal, pues, además, sus respectivos ordenamientos tributarios no pueden contener disposiciones que se opongan a los objetivos de la misma. La armonización lo que pretende es igualar los sistemas fiscales de los Estados miembros con el fin de propiciar los objetivos económicos, así como libre circulación de mercancías, productos, servicios, personas y capitales.

Y para garantizar la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en un mercado común es necesario evitar las distorsiones que se deriven de la incidencia de un diferente régimen fiscal sobre la movilidad de los bienes, servicios, personas y capitales.

**SEXTO.- 1.** En el **quinto motivo de casación** se alega, al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vulneración del artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada de 1997 y versiones posteriores, en relación con los artículos 90 a 93 y 95 del mismo Tratado y los correspondientes artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por cuanto **estos preceptos impiden a la Unión Europea limitar la competencia tributaria de los Estados para regular y exigir una tasa municipal**, en contra del resultado que se alcanza con la aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 .

En cuanto la sentencia que se recurre ha resuelto el recurso contencioso-administrativo haciendo aplicación del artículo 13 de la citada Directiva a la tasa local que grava la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, ha vulnerado el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada de 1997 y versiones posteriores, en relación con los artículos 90 a 93 y 95 del mismo Tratado y los correspondientes a éstos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , artículos 110 a 113 y 114, pues estos preceptos no permiten a la Unión Europea limitar la competencia tributaria de los Estados para regular y exigir una tasa municipal y, sin embargo, la aplicación del artículo 13 de la Directiva a la tasa local de referencia supone una ingerencia carente de base jurídica en la competencia normativa tributaria del Estado español, pues impide al Estado español establecer la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local para gravar a las operadoras de telefonía móvil que no siendo titulares de la red fija llevan a cabo un aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación del servicio de telefonía móvil.

En cuanto el criterio aplicado en la sentencia recurrida supone la negación de la competencia del Estado español para establecer una tasa que grave la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por parte de las empresas operadoras de telefonía móvil que no sean titulares de la red fija, la sentencia recurrida vulnera los preceptos enunciados en el presente motivo del recurso, por cuanto los mismos no otorgan competencia a la Unión Europea para limitar la competencia tributaria de los Estados para regular y exigir una tasa municipal con aquel objeto, lo que debe conducir a la casación de la sentencia y al planteamiento de la cuestión prejudicial de validez del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE ante el Tribunal Europeo , con el consiguiente reconocimiento de la validez de los extremos de la Ordenanza relativos al hecho imponible y al sujeto pasivo de la tasa que han sido improcedentemente anulados en la sentencia de instancia.





2. El motivo quinto es una mera reiteración del anterior, pretendiendo que el artículo 13 vulnera otra vez los arts. 90 a 93 y 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y los artículos 110 a 113 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero ahora se dice que porque estos preceptos impiden a la Unión Europea limitar la competencia tributaria de los Estados para regular y exigir una tasa municipal.

Este motivo puede ser objeto de consideración conjuntamente con el **motivo sexto** que alega la **vulneración por el artículo 13 del artículo 133 CE** en relación con los artículos 6.3 y 4.2 del Tratado de la Unión Europea, por una **supuesta vulneración de la autonomía tributaria local, al impedir el cobro de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a las operadoras de telefonía móvil que no son titulares de la red fija.**

Argumenta el Ayuntamiento recurrente que la autonomía tributaria local reconocida en el artículo 133 de la Constitución está confirmada por la Carta europea de Autonomía Local, Carta Europea de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988, que constituye un parámetro interpretativo del reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía de las Entidades Locales.

La jurisprudencia constitucional española sostiene que la autonomía local de los Ayuntamientos supone una garantía institucional que excluye que sean privados de la capacidad decisoria en los asuntos que les atañen (STC 159/2001, de 5 de julio, FJ nº 4) como lo son sus propios tributos y entre ellos las tasas. En tal sentido, el Tribunal Constitucional incluye dentro de la autonomía local a la autonomía tributaria, diciendo "que en lo que a las Corporaciones Locales se refiere, –tal autonomía local– posee también una proyección en el terreno tributario, pues éstas habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los artículos 140 y 133.2 de la misma norma fundamental" (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ nº 10).

La vulneración de la autonomía tributaria local que se denuncia, al impedirse el cobro de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a las operadoras de telefonía móvil que no son titulares de la red fija, como consecuencia de la indebida aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, redundará además en la vulneración del Tratado de la Unión Europea, en cuanto éste exige que en el ejercicio de las competencias de la Unión se respete la identidad nacional de los Estados, exigencia del Tratado prevista en su artículo 6.3, versión consolidada de 1997 y posteriores, en cuyo desarrollo el actual artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, versión consolidada de 2008 y posterior, ha precisado que la autonomía local está entre los elementos configuradores de la identidad nacional, que, por consiguiente, constituye un límite al ejercicio de las competencias de la Unión Europea.

3. La incipiente dimensión comunitaria en el ámbito de las telecomunicaciones exigía armonizar los requisitos de acceso y de utilización de las infraestructuras, así como garantizar el engarce entre las redes públicas y sus suministradores. Creadas las condiciones para una competencia efectiva, se estimó oportuno adoptar un cuerpo normativo. El 7 de marzo de 2002 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron cuatro disposiciones:

- a. La Directiva 2002/21/CE, relativa al marco regulador común de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva marco*).
- b. La Directiva 2002/19/CE, sobre el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, así como de su interconexión (*Directiva acceso*).
- c. La Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva autorización*).
- d. La Directiva 2002/22/CE, sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (*Directiva de servicio universal*).

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. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre esta cuestión:

- a. La primera ocasión surgió en la *sentencia de 18 de septiembre de 2003*, Albacom e Infostrada (C292/01), para facilitar al Consiglio di Stato de la República Italiana la decisión de un litigio donde se discutía la contribución sobre la cifra de negocios de las compañías de telecomunicaciones, por el sólo hecho de serlo. Este pronunciamiento se reprodujo en el auto de 8 de junio de 2004, Telecom Italia Mobile y otros (C- 250102).
- b. También con el ordenamiento jurídico italiano la *sentencia de 18 de julio de 2006*, Nuova Societa di telecomunicazione (C- 339/04), sentó que el Derecho comunitario no consiente una normativa que



sujeta al titular de una licencia individual (de derechos de uso) para el suministro de una red pública de telecomunicaciones el pago de una exacción complementaria por la utilización privativa de la misma.

c. Después, la *sentencia de 19 de septiembre de 2006*, i-21 Germany y Arcor (C-392/04), notificó al Bundesverwaltungsgericht de Alemania que el sistema de la Directiva 97/13 repelía un canon que se computa pronosticando los gastos administrativos generales del organismo nacional regulador para un periodo de treinta años.

d. Once meses antes, la *sentencia de 20 de octubre de 2005*, ISIS Multimedia y Firma 02 (C-327/03), adelantó al mencionado tribunal alemán que la normativa en cuestión impide una tasa sobre los nuevos competidores por la atribución de números de telefonía, muy superior al dispendio originado por su otorgamiento, si la sociedad que sucedió al antiguo monopolio, ocupando una posición dominante, los obtuvo gratuitamente.

Pues bien, en esta materia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha resuelto dos cuestiones prejudiciales de **la norma** que ahora se dice inválida:

#### A. Primera cuestión prejudicial.

Dijimos en la *sentencia de 10 de octubre de 2012* (casa. 4307/2009) que con fundamento en los artículos 20.1 y 3, e, k, r y 24.1, c del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), las ordenanzas fiscales de diversos Ayuntamientos impusieron tasas por el uso privativo o el aprovechamiento especial del dominio público municipal con el fin de prestar servicios de suministro de interés general, entre los que se incluyen los servicios de telefonía móvil.

Según el artículo 23 del TRLHL, son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, General Tributaria, que "disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20", independientemente de que sean titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros o que no siendo titulares de dichas redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a ésta. La consecuencia es que las empresas de telecomunicaciones realizan el hecho imponible requerido, siempre que aprovechen o utilicen en todo o en parte el "dominio público municipal" y resulten sujetos pasivo de la tasa. En particular, según las indicadas ordenanzas, los operadores de telefonía móvil quedaban sometidos a la tasa aunque se limitasen a utilizar las instalaciones de las que eran titulares otros operadores y con los que estaban vinculados mediante acuerdos de acceso e interconexión.

La jurisprudencia española aceptó de forma unánime la exacción de esta tasa por aprovechamiento especial del dominio público municipal impuesta a los operadores de telefonía móvil. Nuestros tribunales, incluido este Tribunal Supremo, han considerado que se producía un aprovechamiento indiscriminado de la red fija de telefonía por las empresas que operan en el sector de la telefonía móvil y que se realizaba el hecho imponible de la tasa tanto si eran titulares de las correspondientes redes como cuando, no siendo titulares, lo eran de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

En trance de resolver el recurso, esta Sala empezó a cuestionarse la compatibilidad de la Ordenanza fiscal impugnada con el Derecho comunitario, en particular con 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). Por ello, abandonando el criterio mantenido hasta entonces en la sentencia de esta Sección Segunda de 16 de febrero de 2009, decidió suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

Esta Sala y Sección, teniendo en cuenta que el Ordenamiento Jurídico comunitario prima sobre el español y que la exégesis última del precepto de la Directiva comunitaria aplicable en la materia de tasas de telefonía móvil – art. 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 (art. 267), acordó, en *Auto de 28 de octubre de 2010*, someter al Tribunal de Justicia de la Unión la *cuestión prejudicial* en los siguientes términos:

1ª) ¿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 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?

2ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen



los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?.

3ª)¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?.

El *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Sala Cuarta, dictó *sentencia* con fecha 12 de julio de 2012 (en los asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11) en la que declaró **improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas** en los siguientes términos:

"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".

Razona al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo siguiente:

"26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por "los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma", que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

28. Con carácter preliminar, ha de observarse que, 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 (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006 ( TJCE 2006, 217 ), Nuova società di telecomunicazioni, C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10, Rec. p. I-0000, apartado 21).

En este apartado, el TJUE, ampliando a la Directiva 2002/20/CE lo ya dicho para la Directiva 97/13/CE, acepta que la Directiva de autorización se configura como una directiva de máximos, de modo que en el marco de dicha directiva, 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. El marco común que la Directiva pretende instaurar carecería de eficacia si los Estados miembros pudieran determinar libremente las cargas fiscales que deben soportar las empresas del sector.

29. Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los "derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma" en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una



propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

32. Por otra parte, como señaló el Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, 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.

33. 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.

34. 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".

En aplicación de esta doctrina habrá que entender que Sólo los operadores de telefonía móvil quedarán 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...). El alcance de la sentencia de 12 de julio de 2012 del TJUE se limita a la telefonía móvil, pues sólo sobre la misma versaba la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo y sólo a este tipo de telefonía se refiere la sentencia.

En su virtud, 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.

"2) El **artículo 13 de la Directiva 2002/20** tiene **efecto directo**, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlos directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo".

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (en este sentido las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C 397/01 a C 403/01, Rec. p. I 8835, apartado 103; de 17 de julio de 2008, Arcor y otros, C 152/07 a C 154/07, Rec. p. I 5959, apartado 40, y de 24 de enero de 2012, Domínguez, C 282/10, Rec. p. I-0000, apartado 33).

Las sentencias prejudiciales del TJUE tienen efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, que ha de atenerse al criterio del Tribunal comunitario y en su virtud aplicarlo para cerrar el razonamiento jurídico que permita la resolución final del asunto planteado.

La interpretación que concreta la sentencia del TJUE por la vía del artículo 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no tiene efectos de cosa juzgada sino de cosa interpretada por vía prejudicial pero de manera objetiva y abstracta.

Sus efectos son erga omnes y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma –en el caso de autos, la Directiva autorización– entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. La doctrina expuesta ha sido desarrollada en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77) en la que se señala que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos.

#### **B. Segunda cuestión prejudicial sobre la materia.**

Pero además, el Tribunal de Justicia ya ha resuelto una segunda cuestión prejudicial planteada por los ayuntamientos en esta materia. En efecto, en el marco de esta actitud evasiva por parte de las entidades





locales respecto a la aplicación de la sentencia del TSJUE de 12 de julio de 2012, determinados Ayuntamientos intentaron eludir la aplicación de la referida sentencia del TJEU hasta que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona incoó, con posterioridad al fallo del TJUE y a las sentencias de este Tribunal Supremo mencionadas, nueva cuestión prejudicial ante la instancia europea planteando la duda de si las Ordenanzas fiscales que gravan la ocupación del dominio público local entran en el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE o si, contrariamente, las tasas que regulan las mismas no participan de la naturaleza de los cánones a que se refiere el TJUE, sino que se rigen por la legislación nacional (TRLRHL) en cuanto a la determinación del hecho imponible y la cuantía de la tasa.

Finalmente, el Tribunal de Justicia resolvió esta segunda cuestión prejudicial planteada con evidente fraude de ley, inadmitiéndola, mediante auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de enero de 2014, resolviendo lo siguiente: El Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (C- SS/11, C-57/11 y 'c-58/11), 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 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), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

**SÉPTIMO.- El séptimo y último motivo de casación** se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vulneración del artículo 133 de la Constitución, en relación con el artículo 20.1.a) y el artículo 23.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por **indebido desplazamiento de tales normas**.

Es una premisa ineludible que la primacía del Derecho de la Unión Europea frente al Derecho interno de los Estados presupone la competencia de la Unión Europea para la emanación de la norma correspondiente.

Por tanto, en ausencia de competencia de la Unión Europea para dictar normas en un ámbito determinado es claro que las normas dictadas sin competencia no pueden desplazar válidamente la normativa interna.

Pues bien, el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE carece de validez por falta de competencia de la Unión Europea para dictar normas fuera del campo de la imposición indirecta, y por consiguiente al haberse resuelto el recurso contencioso-administrativo haciendo aplicación de dicho artículo la sentencia de instancia vulnera el artículo 133 de la Constitución, y los artículos 20.1.A) y 23.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que han quedado indebidamente desplazados.

El artículo 133 de la Constitución, en su párrafo segundo, prevé que las Corporaciones Locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Es decir, garantiza la autonomía tributaria local, la cual ha sido vulnerada por la sentencia que recurrimos, pues a consecuencia de la aplicación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, se impide al Ayuntamiento de Catarroja establecer y exigir, a las operadoras de telefonía móvil que no son titulares de red fija, la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, desplazando indebidamente la aplicación del artículo 133 de la Constitución a la vez que otorgando indebidamente primacía al Derecho de la Unión Europea.

2. En cuanto este motivo del recurso de casación se ignora que el principio de primacía garantiza una protección uniforme de los ciudadanos por parte del Derecho europeo en todo el territorio de la UE. Al ser el Derecho europeo superior al Derecho nacional, la primacía del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales es absoluta. Por lo tanto, todos los actos europeos con carácter obligatorio se benefician de él, tanto si proceden del Derecho primario como del Derecho derivado. Del mismo modo, todos los actos nacionales están sujetos a este principio, con independencia de su naturaleza: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro. El poder judicial está igualmente sujeto al principio de primacía. En efecto, el Derecho que genera la jurisprudencia debe acatar el de la Unión. El Tribunal de Justicia consideró que las constituciones nacionales también están sujetas al principio de primacía. Por lo tanto corresponde al juez nacional no aplicar las disposiciones de una constitución contraria al Derecho europeo.

En caso de conflicto entre una norma comunitaria y otra interna, siempre habrá de prevalecer la norma comunitaria. Este principio lo introdujo por primera vez el Tribunal de Justicia en sentencia de 15 de junio de 1964, conocida como sentencia – Costa c. Enel–. Posteriormente ha sido confirmada por numerosas sentencias que han dejado sentada una jurisprudencia que podemos caracterizar por los siguientes elementos:

1. La primacía se predica no sólo del Derecho comunitario originario, sino también del Derecho derivado.



2. El Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho interno, sea cual sea el rango de la norma del Derecho interno que lo contradice; e incluso si la norma de Derecho interno que es contradictoria es anterior a la norma de Derecho comunitario.

3. En caso de conflicto entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, la primacía del Derecho comunitario tiene que ser garantizada por los jueces nacionales (jueces internos). Lo que deben hacer los jueces internos es inaplicar la norma interna contraria, aunque ellos no tengan poder para eliminarla del ordenamiento. La eliminación de esa norma contraria del Derecho interno correr a cargo de las autoridades ordinarias competentes que tienen la obligación de eliminarla.

4. La primacía del Derecho comunitario comporta la obligación de las autoridades nacionales de reparar el daño ocasionado por la adopción por parte del Estado de un acto contrario del Derecho comunitario.

**OCTAVO.-** Al no acogerse ninguno de los motivos alegados, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Catarroja y ello debe hacerse con imposición de las **costas** al recurrente ( art. 139.2 LJCA ) al haberse desestimado totalmente el recurso, si bien el alcance cuantitativo de la condena en costas no podrá exceder, por todos los conceptos, de la cifra máxima de 7.000 euros atendida la facultad de moderación que el artículo 139.3 de la LJCA concede a este Tribunal fundada en la apreciación de las circunstancias concurrentes que justifiquen su imposición.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

## FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Catarroja contra la sentencia dictada, con fecha 4 de diciembre de 2013, en el recurso contencioso-administrativo núm. 2403/2010, por la Sección Tercera de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , con la consecuente imposición de las costas causadas en este recurso a la parte recurrente con el límite señalado en el último de los Fundamentos de Derecho

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Manuel Vicente Garzon Herrero.- Angel Aguallo Aviles.- Joaquin Huelin Martinez de Velasco.- Jose Antonio Montero Fernandez.- Manuel Martin Timon.- Juan Gonzalo Martinez Mico.- Rafael Fernandez Montalvo **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martinez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.