

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ067358

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 7 de junio de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 667/2017

SUMARIO:

CC.AA. Asturias. Tributos propios. Impuesto sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medio ambiente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura [Vid., SSTS, de 3 de julio de 2014, recursos n.º 939/2013 (NFJ055240) y n.º 1884/2013 (NFJ055210), la STS de 13 de febrero de 2017, recurso n.º 3558/2015 (NFJ066650)], emanada antes antes y después de que el Tribunal Constitucional dictara la sentencia 22/2015, [Vid., STC, n.º 22/2015, de 16 de febrero de 2015 (NFJ057547)] que permiten descartar la presencia de interés casacional en las denunciadas infracciones de los arts. 9.3, 14 y 31 CE, y de los arts. 133.2, 156.1 y 157.3 C, en relación con el artículo 6.3 LOFCA, dada la similitud entre aquel impuesto extremeño y este asturiano. Tampoco presentan interés casacional las denunciadas infracciones de los artículos 12, 13 y 14 de la «directiva autorización» y del principio «quien contamina paga» [la infracción de este último principio por el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura se ha vuelto a descartar en la STS de 16 de febrero de 2017, recurso n.º 526/2016 (NFJ066649). Sin embargo si se aprecia tal interés casacional en la denunciada infracción del art. 107.1 TFUE debido al carácter asimétrico de este impuesto. La recurrente sostiene que estamos ante un «impuesto asimétrico» contrario al Derecho de la Unión Europea, particularmente porque recae sobre algunos de los operadores de telecomunicaciones, los de telefonía móvil, excluyendo deliberadamente a otros, los de telefonía fija, pese a que se encuentran en relación de directa competencia, constituyendo así una ayuda de Estado prohibida por el art. 107.1 TFUE, lo que puede ser invocado para oponerse a la aplicación del tributo y pedir su devolución, mientras que la Sala de instancia [Vid. STSJ del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2016, recurso n.º 1006/2015 (NFJ067351)] lo niega pues no aprecia que concorra el principio de selectividad, necesario para su apreciación. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que sí concurre esta concreta infracción del Derecho comunitario y por tanto el interés casacional del art. 88.2.f) LJCA y la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, el impuesto asturiano sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medioambiente, en tanto que de su configuración legal resulta el gravamen de los operadores de telefonía móvil y la ausencia de gravamen de los operadores de telefonía fija, constituye una ayuda de Estado prohibida por el art. 107.1 del TFUE, a la luz de la jurisprudencia del TJUE [Vid., en sentido contrario, STSJ del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2016, recurso n.º 1006/2015 (NFJ067351), que se recurre en este auto].

PRECEPTOS:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 56 y 107.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 86, 88 y 89.

Ley 13/2010 del Principado de Asturias (Medidas Presupuestarias y Tributarias para 2011), art. 4.

Decreto Legislativo 2/2014 del Principado de Asturias (TR en materia de tributos cedidos), art. 37, 39, 43, 44 y 45.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 12 a 14.

Constitución española, arts. 9, 14, 31, 133, 156 y 157.

Ley Orgánica 8/1980 (LOFCA), arts. 1 y 6.

Decreto Legislativo. 2/2006 de Extremadura (TR en materia de tributos propios).

PONENTE:

Don Manuel Vicente Garzón Herrero.

AUTO

En la Villa de Madrid, a 7 de junio de 2017

HECHOS**Primero.**

1. La procuradora doña Ana Álvarez Arenas, en representación de Vodafone España, S.A.U., preparó recurso de casación, mediante escrito presentado el 25 de enero de 2017, contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso 1006/2015, relativo a liquidación del impuesto sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medioambiente [«IDAMA»], correspondiente al ejercicio 2014.

2.1. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidas las siguientes normas del Derecho estatal y del Derecho de la Unión Europea, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE»] que las interpreta:

(A) Normas del Derecho estatal:

- Los artículos 14 y 31 de la Constitución Española [«CE »], en lo relativo al principio de igualdad ante la ley, en conexión con el principio de capacidad económica.
- El artículo 9.3 CE, en el que se proclama el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.
- Los artículos 133.2 , 156.1 y 157.3 CE , en relación con el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (BOE de 1 de octubre) [«LOFCA»], preceptos que disponen, por lo que aquí interesa, la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan un gravamen sobre hechos imponible gravados por los impuestos locales.

(B) Normas del Derecho de la Unión Europea y jurisprudencia del TJUE:

- Los artículos 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 telecomunicaciones «Directiva autorización» (DOUE serie L, núm. 108, de 24 de abril de 2002, p. 21): los dos primeros preceptos por incumplir los principios que se han de respetar a la hora de establecer cualquier clase de gravamen en el sector de las telecomunicaciones, y el tercero por no respetar la necesidad de que las modificaciones de derechos y obligaciones en el sector respondan a justificaciones objetivas y resulten proporcionadas.

- Los artículos 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, número 202, de 7 de junio de 2016, p. 13) [«TFUE»], y la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, de responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños medioambientales (DOUE, Serie L, núm. 143, de 30 de abril de 2004, p. 56), en los cuales se plasma el principio «quien contamina paga».

- El artículo 107.1 TFUE , que regula la prohibición general de concesión de ayudas de Estado por los Estados miembros de la Unión Europea.

- Los artículos 49 y 56 TFUE, que regulan, respectivamente, los principios de «libertad de establecimiento» y «libre prestación de servicios».

- Las sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P; EU:C:2008:757) y 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P; EU:C:2011:551), donde se

afirma que el objetivo medioambiental de una norma no resulta suficiente para legitimar una posible ayuda de Estado prohibida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- Las sentencias del TJUE de 7 de septiembre de 2006 , Laboratoires Boiron (C-526/04 ; EU:C:2006:528) y 22 de noviembre de 2001, Ferring (C-53/00 ; EU:C:2001:627), conforme a las cuales una norma tributaria que someta a gravamen a determinados operadores, excluyendo deliberadamente a otros, en una situación fáctica y jurídica comparable -como ocurre, dice, en este caso con los operadores de telecomunicaciones a través de redes fijas, que no quedan sometidos al pago de cuota alguna por el IDAMA, a pesar de prestar exactamente los mismos servicios y en relación de competencia directa- constituye una ayuda de Estado proscrita por el Derecho de la Unión Europea y que, precisamente por tales circunstancias, legitima al operador gravado para mostrar su oposición a la aplicación del tributo.

3. Expone que invocó todas esas normas y sentencias en los fundamentos de derechos primero y segundo de su demanda, y que han sido desestimadas en los fundamentos cuarto a séptimo de la sentencia que recurre.

4. Razona que las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo de la sentencia impugnada, como se aprecia claramente en sus fundamentos.

4.1. Del fundamento derecho cuarto se desprende que la Sala de instancia erróneamente considera, en primer lugar, que el IDAMA no se opone a los artículos 12 , 13 y 14 de la Directiva de autorización, dada la falta de vinculación de su hecho imponible con el procedimiento de autorización general; estima, en segundo lugar, que ese impuesto no constituye una ayuda de Estado prohibida, interpretando el artículo 107.1 TFUE en contradicción con la jurisprudencia del TJUE, y entiende, en tercer y último lugar, que tampoco infringe el principio «quien contamina paga», aplicando defectuosamente los artículos 191 a 193 TFUE .

4.2. Y de los fundamentos quinto a séptimo -en los que se justifica la desestimación de la inconstitucionalidad del IDAMA- se desprende que la decisión de la Sala de instancia descansa sobre la equivocada premisa de que este impuesto autonómico responde a una finalidad extrafiscal.

4.3. Destaca que, de no haber cometido las infracciones invocadas, la Sala de instancia hubiera concluido: (i) que el IDAMA excede los límites máximos establecidos por la Directiva de autorización y constituye una medida fiscal asimétrica que debe ser calificada como ayuda de Estado prohibida, y (ii) que carece de finalidad extrafiscal, por lo que invade un hecho imponible gravado en el impuesto sobre actividades económicas y contraviene los principios constitucionales reseñados.

5. Sostiene que el recurso de casación preparado presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque se dan las circunstancias de las letras a), d), c) y f) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»], justificándolo, en síntesis, como sigue:

5.1. La sentencia recurrida fija ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho Estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido [artículo 88.2.a) LJCA], al considerar que el IDAMA tiene carácter extrafiscal, en contradicción con la conclusión que debiera haber alcanzado, si hubiera seguido la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 196/2012, de 31 de octubre de 2012 , 60/2013, de 13 de marzo de 2013 , y 22/2015, de 16 de febrero de 2015 .

5.2. 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], porque la decisión de la Sala de instancia de no plantearla resulta contraria con la posición adoptada por el Tribunal Supremo en varios autos recientes. Trae a colación el auto de 14 de junio de 2016 (casación 2955/2014; ES:TS:2016:6030A), en el que La Sección Segunda de esta Sala Tercera acordó: «Plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 1 , 4.1 , 6.1 y 8 de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre , de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE de 28 de diciembre), que regulan el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, habida cuenta de su eventual oposición al principio de capacidad económica que proclama el artículo 31.1 de la Constitución ». Aduce que no se diga, de contrario, que el Tribunal Supremo ha considerado ya innecesario elevar cuestión de inconstitucionalidad

respecto del IDAMA, en la sentencia de 17 de febrero de 2014 (casación 561/2013 ; ES: TS:2014:783), porque ese pronunciamiento se separa del auto de 4 de junio de 2013 (casación 5971/2010 ; ES:TS:2013:6284A); se circunscribe al sector eléctrico; no hace referencia ni realiza el análisis para convalidar la naturaleza extrafiscal del tributo que exigen las reseñadas sentencias del Tribunal Constitucional 196/2012 y 60/2013 , y no tiene en cuenta, lógicamente, la posterior sentencia 22/2015 .

5.3. Afecta a un gran número de situaciones, trascendiendo al caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA], porque la doctrina que sienta es extensible a todos los operadores afectados por el IDAMA.

5.4. Interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE [artículo 88.2.f) LJCA], sobre tres específicas cuestiones: primera, la imposibilidad para los Estados miembros de establecer tasas o cánones en materia de telecomunicaciones al margen de las directivas [verbigracia véase la sentencia de 10 de marzo de 2011, Telefónica Móviles España (C-85/10 ; EU:C:2011:141)]; segunda, la existencia de ayudas de Estado prohibidas en las medidas fiscales asimétricas, como lo es el IDAMA (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Laboratoires Boiron , y 22 de noviembre de 2001 , Ferring , antes reseñadas), tercera y última, la insuficiencia del objetivo medioambiental de una norma para legitimar una posible ayuda de Estado prohibida (sentencias de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión , y 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos, citadas ut supra) .

6. Reputa conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en aras de la uniforme interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y dada la importancia de la jurisprudencia del TJUE de la que la Sala a quo se aparta.

Segundo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 3 de febrero de 2017 , ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se produjo en cédula de 6 de febrero. La parte recurrente ha comparecido el 15 de febrero y la parte recurrida el 14 de marzo siguiente, dentro ambas del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA , apartados 1 y 2) y Vodafone España, S.A.U., se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal y de la Unión Europea que se invocan como infringidas, que fueron alegadas en el proceso, tomadas en consideración en la sentencia o que ésta hubiera debido observarlas, aun sin ser alegadas, y se justifica que las infracciones que se le imputan han sido relevantes y determinantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)], salvo las de los artículos 49 y 56 TFUE , respecto de las que nada se dice.

3. En el repetido escrito se fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque la sentencia discutida fija, ante una situación igual, una interpretación de las normas infringidas que es contradictoria con la sostenida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA], afecta a un gran número de situaciones, por trascender su doctrina al caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA], y resuelve un debate que ha versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida [artículo 88.2.d) LJCA], y que ha exigido interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, lo que ha hecho en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE [artículo 88.2.f) LJCA]. Se justifica además adecuadamente la

conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

Segundo.

1. El IDAMA fue creado por el artículo 4 de la Ley del Principado de Asturias 13/2010, de 28 de diciembre , de medidas presupuestarias y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2011 (BOE de 8 de marzo de 2011) [«LPA 13/2010»], con efectos a partir del 1 de enero de 2011. Actualmente, está regulado en los artículos 37 a 51 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de Tributos Propios, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio , por el que se aprueba (BOPA de 29 de julio) [«TRDLPA»], que derogó el artículo 4 de la de la Ley del Principado de Asturias 13/2010 , con efectos desde el 1 de enero de 2015.

2. El IDAMA se configura como impuesto autonómico, de carácter directo, que grava la incidencia, alteración o riesgo de deterioro que sobre el medio ambiente del Principado de Asturias ocasiona la realización de determinadas actividades, a través de instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos a las mismas, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta (artículos 4.Uno.1 LPA 13/2010 y 37.1 TRDLPA). Se consideran elementos patrimoniales afectos cualquier tipo de bienes y estructuras que se destinen a las actividades de transporte o distribución efectuados por elementos fijos del suministro de energía eléctrica, así como los elementos fijos de las redes de comunicaciones telefónicas o telemáticas y que se encuentren radicados en el territorio del Principado de Asturias (artículos 4.Uno.2 LPA 13/2010 y 37.2 TRDLPA).

3. Constituye su hecho imponible la realización por el sujeto pasivo, mediante las instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos, de actividades de transporte o distribución de energía eléctrica, así como de actividades de telefonía y telemática, efectuadas por los elementos fijos del suministro de energía eléctrica o de las redes de comunicaciones, respectivamente (artículos 4.Tres LPA 13/2010 y 39 TRDLPA). La base imponible está conformada por: «[l]a extensión de las instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos a las mismas destinados al suministro de energía eléctrica expresada en kilómetros lineales» y «[e] número de torres, postes, antenas o cualesquiera otras instalaciones y elementos patrimoniales afectos que formando parte de las redes de comunicaciones no estén conectadas entre sí por cables» (artículos 4.Siete LPA 13/2010 y 43 TRDLPA). Y la cuota tributaria es de 700 euros por kilómetro, torre, poste, antena o instalación y elemento patrimonial afecto (artículos 4.Ocho LPA 13/2010 y 46 TRDLPA).

4. El período impositivo coincide con el año natural y el impuesto se devenga el primer día del período impositivo (artículo 4.Nueve y Diez LPA 13/2010 y artículos 44 y 45 TRDLPA).

5. La compañía recurrente sostuvo en su demanda (como sostiene ahora en el recurso de casación preparado) que, aplicado a las empresas de telefonía móvil, el IDAMA vulnera:

5.1. Los artículos 12 , 13 y 14 de la «Directiva autorización», el principio «quien contamina paga», el artículo 107.1 TFUE , porque es un «impuesto asimétrico», y los artículos 49 y 56 TFUE , referidos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios [la infracción de estas dos libertades comunitarias se justificó y argumentó en la demanda, pero no en el escrito de preparación, como se ha dicho ut supra].

5.2. Los artículos 9.3 , 14 y 31 CE , y los artículos 133.2 , 156.1 y 157.3 CE , en relación con el artículo 6.3 LOFCA.

6. La sentencia recurrida rechaza todas las vulneraciones del Derecho de la Unión Europea en el fundamento de derecho cuarto y hace lo propio con todas las infracciones de normas constitucionales y del «bloque de constitucionalidad» en los fundamentos de derecho quinto a séptimo.

7. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tiene una consolidada jurisprudencia, en relación con el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura [regulado en el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Propios, aprobado por Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre (DOE de 23 de diciembre)], plasmada en sentencias que resuelven recursos de casación interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., antes y después de que el Tribunal Constitucional dictara la sentencia 22/2015 , que permiten descartar la presencia de interés casacional en las denunciadas infracciones de los artículos 9.3 , 14 y 31 CE , y de los artículos 133.2 , 156.1 y 157.3 CE , en relación con el artículo 6.3 LOFCA [véanse las sentencias de 14 de noviembre de 2016 (casación 2098/2015; ES:TS:2016:4867) y 3 de julio de 2014 (casaciones 939/2013 ; ES:TS:2014:2979 , y 1884/2013; ES:TS :2014:2966)], dada la similitud existente entre aquel impuesto extremeño y

este impuesto asturiano, como la propia entidad recurrente admite; de «virtualmente idéntico» llega a calificarlo en la página 12 del escrito de preparación.

8. Por la misma razón expuesta, tampoco presentan interés casacional las denunciadas infracciones de los artículos 12, 13 y 14 de la «directiva autorización» y del principio «quien contamina paga» [la infracción de este último principio por el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura se ha vuelto a descartar, además, en las recientes sentencias de 7 de febrero de 2017 (casación 1644/2016 ; ES:TS:2017:696), 13 de febrero de 2017 (casación 3558/2015; ES:TS:2017:379) y 16 de febrero de 2017 (casación 526/2016; ES:TS :2017:489), que desestiman recursos de casación interpuestos por Red Eléctrica de España, S.A.U.].

9. Resta pues determinar si ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia está presente en la denunciada infracción del artículo 107.1 TFUE, por el carácter de «impuesto asimétrico» que, a juicio de la recurrente, cabe atribuir al IDAMA.

Tercero.

1. La compañía recurrente sostuvo en su demanda que el IDAMA es un «impuesto asimétrico» contrario al Derecho de la Unión Europea, particularmente porque recae sobre algunos de los operadores de telecomunicaciones, los de telefonía móvil, excluyendo deliberadamente a otros, los de telefonía fija [como efecto de la configuración de su base imponible], pese a que se encuentran en relación de directa competencia, constituyendo así una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107.1 TFUE , lo que puede ser invocado para oponerse a la aplicación del tributo y pedir su devolución.

2. La Sala de instancia sostiene (FD Cuarto de la sentencia recurrida), «[r]especto a si el establecimiento del impuesto supone o no una Ayuda de Estado prohibida por el art. 107.1 del TFUE », que para tal consideración es precisa la concurrencia del principio de «selectividad», «por ser éste un elemento constituyente de la noción de distorsión de la competencia inherente a la propia noción de Ayuda Estatal, siendo, precisamente, por falseamiento de la competencia por lo que la medida puede resultar incompatible con el derecho de la Unión Europea, de tal modo que si no afecta la medida (el impuesto) a la posición competitiva de otras empresas o a la estructura de la competencia en el mercado, no puede hablarse de Ayuda Estatal» y, en ese trance, entiende que, «como en el presente caso dicha distorsión de la competencia no concurre al afectar el impuesto a todas las empresas de telefonía móvil, no puede equipararse a una Ayuda de Estado».

3. La entidad recurrente defiende en el escrito de preparación que esta interpretación resulta contradictoria con la doctrina del TJUE y, en particular, con la que deriva de las sentencias de 7 de septiembre de 2006, Laboratoires Boiron y 22 de noviembre de 2001 , Ferring , arriba citadas.

4.1. Basta acudir al apartado 34 de la primera de las sentencias mencionadas, para confirmar que, «[e]n tal caso de sujeción asimétrica a un gravamen, la supuesta ayuda resulta del hecho de que otra categoría de operadores económicos con la cual la categoría gravada está en relación directa de competencia [...] no está sujeta al pago del referido gravamen».

4.2. Pues bien, se podrá discutir si los operadores de telefonía fija están o no en relación directa de competencia con los operadores de telefonía móvil, pero lo que no cabe es dar por sentado, sin más, que no lo están, como hace la Sala de instancia en la sentencia recurrida, puesto que, sin negar que el IDAMA no grava efectivamente a los operadores de telefonía fija, descarta la distorsión de la competencia denunciada por la demandante, arguyendo que grava a todos los operadores de telefonía móvil, simplificando así indebidamente el alcance y el significado del requisito de selectividad de la medida, condición necesaria para la apreciación de una ayuda de Estado prohibida.

5. En esta concreta infracción del Derecho de la Unión Europea concurre, por tanto, la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.f) LJCA , puesto que la sentencia impugnada interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o en supuestos en que aun pueda resultar exigible la intervención de éste a título prejudicial. La cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si, el impuesto asturiano sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medioambiente, en tanto que de su configuración legal resulta el gravamen de los operadores de telefonía móvil y la ausencia de gravamen de los operadores de telefonía fija, constituye una ayuda de Estado prohibida por el artículo

107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cuarto.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA , procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto serán, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión precisada en el punto 5 del anterior fundamento jurídico.

2. Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son: el artículo 4, apartados Uno, Tres y Siete LPA 13/2010 [correspondientes con los artículos 37 , 39 y 43 TRDLPA], en conexión con el artículo 107.1 TFUE .

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

Sexto.

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

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/667/2017 preparado por Vodafone España, S.A.U., contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso 1006/2015.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en: Determinar si, el impuesto asturiano sobre desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medioambiente, en tanto que de su configuración legal resulta el gravamen de los operadores de telefonía móvil y la ausencia de gravamen de los operadores de telefonía fija, constituye una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 4, apartados Uno, Tres y Siete, de la Ley del Principado de Asturias 13/2010, de 28 de diciembre , de medidas presupuestarias y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2011 [correspondientes con los artículos 37 , 39 y 43 del vigente texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de Tributos Propios, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio], en conexión con el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

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.

Así lo acuerdan y firman. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina

Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Bla

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.