



Roj: **STS 1030/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1030**

Id Cendoj: **28079130022015100117**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **26/02/2015**

Nº de Recurso: **754/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL MARTIN TIMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil quince.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, ha visto el presente recurso de casación, número 754/2014, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de **LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, contra Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre de 2013, dictado en incidente de ejecución de la Sentencia de esta Sala, de 9 de febrero de 2012 (recurso de casación número 5288/2008) y contra el Auto de 27 de enero de 2014, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el primero.

Ha sido parte recurrida, y se ha opuesto al recurso de casación, **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Esta Sala, con fecha 9 de Febrero de 2012, dictó sentencia en el recurso de casación número 5288/2008, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U (en adelante, TESAU) contra la sentencia de 7 de julio de 2008, de la Sección Séptima, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 512/2006, el cual había sido iniciado contra la resolución del TEAC, de fecha 1 de marzo de 2006, que había desestimado las reclamación económico-administrativa interpuesta respecto de liquidación practicada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (actualmente Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), con el número 6050410205, por la Tasa por autorizaciones generales y licencias individuales, correspondiente al ejercicio 2004, por importe de 11.183.729,15 euros.

La Sentencia de 9 de febrero de 2012 tiene la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos estimar, y estimamos, parcialmente, el presente recurso de casación interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la sentencia dictada, con fecha 7 de julio de 2008, en el recurso núm. 512/2006, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de la Audiencia Nacional en el sentido de anular la liquidación objeto del presente recurso, correspondiente al ejercicio 2004, por importe de 11.183.729,15 euros, mandando devolver el importe que fue ingresado, con intereses legales desde la fecha del ingreso."

El mejor entendimiento de este recurso exige indicar que la Sentencia de referencia, tras informar en el Fundamento de Derecho Quinto. 2 del contenido de la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en 21 de julio de 2011, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, acerca de si la Directiva 97/13, y en particular su artículo 6, permite que los Estados Miembros impongan al titular de una autorización general el pago de una tasa anual calculada sobre la base de un porcentaje de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, sin exceder del 2 por 1000, destinada a sufragar los gastos que se generen, incluidos los de gestión, al organismo de telecomunicación, por la aplicación del régimen de



licencias y autorizaciones generales, como disponía el artículo 71 de la Ley 11/1998, expone la razón del fallo parcialmente estimatorio, en los siguientes términos:

"3. Teniendo en cuenta el carácter de la sentencia dictada, es decir, su vinculación para el órgano jurisdiccional nacional remitente de la cuestión prejudicial y su retroactividad, así como el contenido del pronunciamiento de la misma, procede casar la sentencia recurrida y, constituida en Sala de instancia, llevar a efecto la comprobación contenida en el fallo de la sentencia en orden a determinar si la tasa general de operadores cumple el requisito establecido en la Directiva Comunitaria 97/13 CE, es decir, que su destino sea el de sufragar los gastos administrativos relacionados con los procedimientos de expedición, gestión, control y ejecución de las autorizaciones generales y si sus ingresos no exceden del total de gastos administrativos mencionados.

En el recurso contencioso administrativo, tramitado ante la Audiencia Nacional, la recurrente solicitó y obtuvo el recibimiento a prueba, proponiendo prueba pericial y documental dirigida a la obtención de los extremos relevantes en orden a los ingresos y gastos por la tasa y a la determinación del equilibrio entre ambos.

En lo referente a la prueba pericial practicada, consta en autos testimonio del dictamen de 17 de septiembre de 2004, emitido por el perito designado judicial D. Jesús Verdes Lezana, con la siguiente conclusión: "De acuerdo con el dictamen emitido, se infiere que por parte de la Administración competente no han quedado acreditados los parámetros sobre los que se ha de fundamentar el coste para la prestación del servicio correspondiente al ejercicio 2001, para la expedición y control del aprovechamiento de las licencias individuales y las autorizaciones generales, conforme a las disposiciones reguladoras que conforman la tasa y datos que se desprenden de la memoria económica que contiene el análisis económico financiero del periodo 1997-2001. Por ello las liquidaciones practicadas carecen de sustento y no son ajustadas a derecho. La cuantía de la tasa no resulta justificada".

Y consta igualmente en autos testimonio del dictamen de fecha 14 de febrero de 2005, elaborado por el perito también designado judicialmente D. Teodulfo, en el que se alcanza la misma conclusión, a cuyo tenor "No existe elemento alguno que determine la fundamentación del importe de la tasa. Por parte de CMT no han sido justificadas las cantidades sobre las que ha de argumentarse el coste para la prestación del servicio correspondiente al ejercicio 2001 para la expedición y control del aprovechamiento de las licencias individuales y las autorizaciones generales, de acuerdo a las disposiciones que regulan la tasa y de acuerdo a la escasez y no validez de los datos que obran en la memoria económica del periodo 1997-2001. Por ello, las liquidaciones realizadas no tienen sustento ni económico ni jurídico. Por ello, la cuantía de la tasa no resulta justificada".

Dicha prueba documental arrojó como aspecto relevante la aportación por la Administración del certificado que obra en el recurso por el que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha puesto de relieve que en 2004 los ingresos, sin especificar desglose alguno, han sido de 24.179.215 € y los gastos de 22.274.215 €.

Como puede apreciarse, el objeto de la tasa que se expresa dista mucho de lo establecido en la Directiva 97/13/CE y en la 2002/20 CE ya que está sirviendo para financiar gastos o inversiones que ninguna relación guardan con la gestión, control y ejecución del régimen establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, a lo que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia.

La única conclusión válida es que CMT consigue con la exacción de la tasa unos ingresos sustancialmente superiores a los gastos, como se acredita en las periciales judiciales.

Ha quedado acreditada, pues, la falta de equivalencia entre los gastos derivados de las actividades de la CMT relacionadas con la gestión, control y ejecución del régimen establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y los ingresos procedentes de la exacción de la tasa por esas mismas actividades.

Los informes periciales obrantes en autos han demostrado que la cuantía de la tasa no resulta justificada y que "las liquidaciones realizadas no tienen sustento ni económico ni jurídico, y que por ello la cuantía de la tasa no resulta justificada".

4. En esta situación, y al no existir un cálculo específico de los gastos producidos por la expedición, la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, que impide la labor de comprobar si la tasa se ajustó a los costes estrictos expresamente recogidos en la Directiva, procede estimar el motivo de casación, y, por las mismas razones, estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo con anulación de la liquidación, objeto del presente recurso de casación. La labor de comprobar si la tasa de que se trata excedió del total de los costes correspondientes a las actividades administrativas reseñadas resulta poco menos que imposible ante la falta de datos y oscuridades propiciadas por la propia Administración."

SEGUNDO .- Mediante resolución de 3 de julio de 2012, notificada el 5 siguiente, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), acordó hacer efectiva la anulación de la liquidación y devolver su importe, con intereses de demora (en total, 15.577.189,64 euros) a TESAU, en cumplimiento de



la Sentencia de esta Sala a que se hace referencia en el anterior Fundamento de Derecho. En la resolución se hacía saber que contra la misma no cabía recurso alguno en vía administrativa, pero que si podía plantearse incidente de ejecución de sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109, en relación con el 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Posteriormente, la CMT, por medio de escrito, notificado telemáticamente en 22 de mayo de 2013, informó a TESAU acerca de la iniciación de un procedimiento, en el que se proponía la emisión de una liquidación a ingresar, en concepto de Tasa anual por la prestación de servicios a terceros, del ejercicio 2004, concediendo el trámite de audiencia, durante el cual TESAU formuló las siguientes alegaciones:

-Que bajo el pretexto de ejecutar parcialmente lo ordenado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 , TESAU pretendía en realidad eludir la ejecución de la misma, que, en todo caso, ya se había llevado a cabo, "de manera completa y exacta", mediante la devolución de lo indebidamente pagado, según resolución de la CMT de 3 de julio de 2012.

A tal efecto, se indicaba que la sentencia contiene un fallo "que deja lugar a pocas dudas", en cuanto después de estimar parcialmente el recurso de casación y anular la liquidación, manda devolver "el importe que fue ingresado, con intereses legales desde la fecha del ingreso" y sin que del referido fallo se dedujera que fuera posible girar otra liquidación.

Se aducía igualmente que la declaración de nulidad era por razones de fondo, al haber constatado el Tribunal Supremo que la liquidación no garantizaba la proporcionalidad entre el coste del servicio y la cuantía de la tasa, sino más bien al contrario.

-Que girar una nueva liquidación supondría una flagrante vulneración del principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 33.1 de la Constitución y del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a ejecutar lo juzgado (artículo 24.1 CE).

En este sentido, TESAU sostenía no entender como "esa CMT pretende ahora esta en condiciones de determinar los costes derivados de la expedición, la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general aplicable, que el Tribunal Supremo declara tajantemente que no estaba (la CMT), en condiciones de acreditar, ni acreditó en el procedimiento", así como que "le llama poderosamente la atención que la CMT ahora si afirme disponer de los datos económicos y financieros relacionados con el objeto de la tasa".

-En cualquier caso, el derecho a girar una nueva liquidación había prescrito, pues la inicial, carente de sustento económico y jurídico, y vulneradora del Derecho Comunitario, era nula de pleno derecho y, por tal razón, no podía interrumpir la prescripción.

-Finalmente, resultaba improcedente girar intereses, pues el retraso en el pago no era imputable a TESAU, sino a la CMT.

Tras cumplimentarse el trámite de audiencia concedido al efecto, el Consejo de la CMT, en sesión de 11 de julio de 2013, "en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 9 de febrero de 2012, dictada en el recurso de casación número 5288/2008 " aprobó una nueva liquidación por el concepto y ejercicio antes indicado, con importe de 5.424.431,95€ y que fue notificado a TESAU, en 16 de julio de 2013.

El Acuerdo de la referencia se fundaba en la obligación de la CMT de emitir nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas, invocando la obligación de practicar las mismas una vez surgido el hecho imponible, a fin de hacer efectivo el crédito tributario. Igualmente se invocaba la Sentencia dictada por esta Sala, en 19 de noviembre de 2012 , en recurso de casación en interés de la ley número 1215/2011.

Como consecuencia de ello, no se aceptaban las alegaciones de Telefónica de España, S.A.U.. señalándose al respecto:

"En efecto, la tesis mantenida por TESAU de no liquidar la tasa que debe ingresar dicha entidad en el ejercicio 2004 sería contraria a principios constitucionales de tanta importancia a e inmediato valor normativo como el de igualdad ante la Ley, capacidad económica, generalidad y progresividad, justicia tributaria y necesario cumplimiento de los objetivos tributarios redistribución de la riqueza y solidaridad propios del Estado social y democrático de Derecho (artículos 1.1 , 14 , 31 . 113.1 y 138.1 de la Constitución).

Es un hecho cierto que tras la devolución del importe íntegro de la liquidación nº 6950410205, TESAU no ha participado en la contribución a la financiación de las actividades de la Comisión que constituyen el hecho imponible de la tasa del ejercicio 2004, como si han hecho los restantes operadores sujetos pasivos de la misma.



Esta circunstancia choca frontalmente con el cumplimiento de los principios constitucionales antes citados de igualdad, generalidad, justicia tributaria y redistribución de la riqueza y solidaridad.

Siendo este un hecho grave de por sí, aun lo es más en atención al hecho de que precisamente es TESAU el operador con poder significativo en un mayor número de mercados, el que genera un mayor volumen de actividad para la CMT y el que obtiene, con gran diferencia respecto a los restantes, un mayor volumen de ingresos brutos de explotación derivados de la prestación de servicios a terceros.

Basta un simple análisis de la Memoria de Actividades del ejercicio 2004, incluida en el Informe Anual que cada año elabora y publica este organismo para comprobar que a lo largo de 2004, TESAU fue beneficiaria de casi todas las actividades ejercidas por esta Comisión propias del régimen de autorización general y licencia individual, como : la gestión de la numeración telefónica o de los modelos de interconexión o actuaciones relacionadas con la oferta de interconexión de referencia (OIR): la intervención de esta Comisión para determinar si Telefónica estaba llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia o discriminatorias y si estaba aplicando a sus revendedores el importe de la compensación sin descuentos encubiertos; el análisis de AGIs (de los nueve AGI recibidos en 2004, seis cuentan con la participación de Telefónica). Asimismo, en el ámbito de los operadores móviles, la CMT intervino en la fijación de las condiciones económicas de varios servicios, entre otros, el de interconexión de terminación y el comercial de mensajería multimedia (MMS), de Telefónica; la resolución de conflictos de interconexión y acceso en los que en su mayoría fue parte telefónica (durante el año 2004, el Consejo de la CMT adoptó 60 resoluciones relacionadas con conflictos de interconexión, modificaciones de los AGI formalizados entre los operadores y decisiones instando a la consecución de acuerdos de interconexión, incluidas las resoluciones derivadas de los recursos de reposición); la actividad relacionada con las modificaciones y revisiones de la OBA de la propia Telefónica; el control de las obligaciones de servicio público, a través de la verificación de los resultados de su contabilidad de costes; el control de concentraciones; la salvaguarda de la competencia en los mercados, lo que suponía el análisis de las ofertas minoristas de Telefónica; la intervención en materia de tarifas y planes de descuento (conjunto de intervenciones de la CMT en materia de precios finales que se centraron en los precios del servicio de llamadas de fijo a móvil prestado por Telefónica) o los análisis de mercados, que concluirían con la declaración de Telefónica como operador con PSM en prácticamente todos ellos.

Asimismo, no liquidar la Tasa del ejercicio 2004 a TESAU implicaría conculcar gravemente el principio de proporcionalidad, contenido en el artículo 12.1.b) de la Directiva 2002/20/CEE (Directiva Autorización) que, tal como afirma la STS de 9 de febrero de 2012 , que mediante esta Resolución se ejecuta "(...) se refiere al reparto de los gastos administrativos entre los sujetos pasivos y no a la relación entre la tasa aplicable a las autorizaciones generales y el volumen de trabajo requerido."

En consecuencia, en cumplimiento de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 2012 , y dado que tras la devolución de las cuotas ingresadas, TESAU no ha ingresado importe alguno en concepto de Tasa 2004, esta Comisión no solo tiene el derecho sino la obligación de girar a TESAU nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas"

Tras ello, a la hora de fijar los elementos determinantes de la cuantía de la tasa, recordaba que según la Disposición Transitoria Quinta de la Ley General de Telecomunicaciones , la base imponible está constituida por los ingresos brutos de explotación del sujeto obligado (7.455.819.430,56 €, según declaración presentada por TESAU) y que el tipo de gravamen es el 1,5 por mil, así como la necesidad de cumplir el principio de equivalencia, según la Sentencia dictada por el TJUE en 21 de julio de 2011 -que indica que esta Tasa solo puede cubrir los costes resultantes de las actividades administrativas, por lo que no puede exceder de tales costes-. Y tras fijar tales costes en 11.514.163,59 € y tener en cuenta que la totalidad de los ingresos brutos de explotación declarados por los distintos operadores ascendía a 21.758.355.892,59 €, obtenía una proporción de 0,528565 por mil, que es la aplicada a la liquidación para obtener una ajustada al principio de equivalencia, por importe de 3.940.885,15 €.

A la cifra indicada, el Acuerdo incorpora la de intereses por importe de 1.483.546,80 €, determinado un total a ingresar de 5.424.431,95 €.

En la notificación del Acuerdo se hizo saber como recursos procedentes, el potestativo de reposición y la reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.

TERCERO. - En escrito presentado en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en 25 de septiembre de 2013, la representación procesal de TESAU promovió incidente de ejecución de sentencia, respecto del acuerdo adoptado, en 11 de julio de 2013, por el Consejo de la CMT a que se ha hecho referencia en el anterior Antecedente.



Tramitado que fue el incidente, concluyó con Auto de 9 de diciembre de 2013 , por el que, estimando en parte el mismo, se anulaba el Acuerdo de la CMT, de 11 de julio de 2013, y la liquidación contenida en el mismo.

La razón de la anulación viene expresada en el Fundamento de Derecho Segundo.5, en los siguientes términos:

"Ello así, esta Sala considera que la liquidación nuevamente practicada incurre en la causa de nulidad ex art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional (4. *Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*") y que dicha nulidad ha de ser declarada por esta Sala, al ser el órgano judicial que conoció en primera instancia del asunto resuelto en la sentencia ejecutoria respecto de la cual se ha promovido el incidente que ahora se resuelve (art.103, apartados 1 y 5 , en relación con el art. 9 y concordantes de la Ley Jurisdiccional .

Porque el organismo regulador ya había practicado liquidación en concepto de Tasa por autorizaciones generales y licencias individuales o general de operadores, correspondiente al ejercicio 2005, en el Expediente núm. 2003/1342. Y dicha liquidación fue anulada por el Tribunal Supremo (Sala 3º, Sección 2ª), en Sentencia de 2 de febrero de 2012 (Rec. Casación 1267/2009), al no haber acreditado la CMT en las actuaciones que los ingresos procedentes de la exacción de la tasa controvertida guardan relación y equilibrio con los gastos inherentes a las actividades relacionadas con la expedición, gestión, control y ejecución de las autorizaciones generales y las licencias individuales...". Anulación que el Alto Tribunal declaró, pues, por razones de fondo, sin disponer, en consecuencia, la retroacción del expediente para la práctica de nueva liquidación por el concepto y ejercicio originariamente liquidados. Lo que hace que la liquidación sobrevenida, practicada tras la devolución del importe de la anulada por la sentencia anotada , viene a constituir un acto contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia , y que viene a eludir su cumplimiento, lo que por disposición legal es causa de nulidad del mismo (art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional " .

Lo expuesto se corresponde con el parecer expresado por esta Sala y Sección así-entre otros- en Auto de 06 de junio de 2013 (Rec. 336/2009) , al resolver en definitiva sobre la ejecución de la sentencia dictada por esta Sección en dicho proceso sobre idéntica liquidación tributaria, pero relativa al ejercicio 2007, siguiendo precisamente el parecer expresado en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (Rec. Casacion 1267/2009):

"No se trata de una anulación formal de la liquidación, se trata de una anulación sobre el fondo que no puede ser sustituida por otra nueva, ahí que sea improcedente cualquier petición de compensación de la liquidación anterior anulada, aunque abonada, con una nueva que se practique porque no se va a producir".

Por último, parece oportuno dejar reseñado a efectos de información, que la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, se debía a que se rechazaba la petición de que se ordenara al TEAC, se abstuviera de conocer de la reclamación entablada contra la liquidación última girada.

CUARTO. - El Abogado del Estado interpuso recurso de reposición contra el Auto dictado, que fue desestimado por el de 27 de enero de 2014.

QUINTO.- El Abogado del Estado preparó recurso de casación y, tras ser tenido por preparado, lo interpuso, por medio de escrito presentado en 2 de abril de 2014, en el que solicita la anulación de los Autos impugnados y que se acuerde que la ejecución definitiva de la sentencia se ha realizado correctamente.

SEXTO. - El Procurador de los Tribunales Sr. García San Miguel y Orueta, en representación de TESAU, se opuso al recurso de casación, por medio de escrito presentado en 11 de septiembre de 2014, en el que solicita se declare la inadmisión, o, subsidiariamente, su desestimación.

SEPTIMO. - Habiendo sido señalada para la deliberación, votación y fallo la audiencia del veinticinco de febrero de dos mil quince.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martin Timon, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado articula su recurso de casación con la formulación de un solo motivo, en el que, con invocación del artículo 87.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción , y tras poner de relieve que la obligación del pago de la tasa por los operadores que se han visto beneficiados por la prestación de servicios desarrollados por la CMT, se establece en el artículo 49 y Anexo I de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y artículo 6 de la Directiva 97/13/CEE , realiza las siguientes alegaciones:

-Ante todo, que la sentencia dictada por esta Sala anula la liquidación inicialmente girada " porque no cumple con los requisitos exigidos por la directiva comunitaria, en concreto, por no haber quedado acreditada la



proporción entre los ingresos derivados de la tasa y los gastos que ésta cubre, lo que permite perfectamente mantener la tasa después de llevar a cabo la referida acreditación".

En cambio, en opinión del Defensor de la Administración, el Auto impugnado va más allá de lo declarado en la sentencia, al afirmar que la declaración de nulidad de la liquidación impide practicar otra en su sustitución, siendo así que "la sentencia que se ejecuta no hace ningún pronunciamiento en relación con la obligación del pago de la tasa por los servicios realmente prestados, ni en relación con la constitucionalidad y conformidad a derecho comunitario de la obligación legal del pago de la tasa."

-La procedencia y prosperabilidad de la tesis que se defiende tiene especial virtualidad, porque la Administración ha devuelto ya a la parte beneficiada por la sentencia lo que pagó por el concepto de tasa general de operadores.

-Los Autos impugnados no tienen en cuenta la obligatoriedad y legalidad de la tasa de operadores.

-Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admite que tras la estimación de un recurso contencioso-administrativo, por infracción formal, incluso material, si no ha transcurrido el plazo de prescripción, la Administración dicte una nueva liquidación en sustitución de la anulada, invocándose la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, dictada en recurso de casación en interés de la ley, antes referida.

-La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones notificó la procedencia de la reclamación económico-administrativa contra la liquidación girada, siendo Telefónica de España, S.A.U, la que decidió plantear el incidente de ejecución, al mismo tiempo que abrió "la vía impugnatoria económico-administrativa, según ella por cautela".

-Aún cuando en el caso que nos ocupa, el importe de la liquidación anulada ha sido devuelto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tiene admitido como forma de ejecución de una sentencia anulatoria de una liquidación, la práctica de una nueva y la compensación subsiguiente de los respectivos importes, citándose el caso de las tarifas portuarias anuladas en vía jurisdiccional y los numerosos Autos dictados sobre el particular, citándose como ejemplo el Auto de 10 de diciembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 506/10) inicialmente en los motivos reseñados en el artículo 88.1.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

SEGUNDO. - La representación procesal de la parte recurrida, TESAU, opone al recurso, primeramente, tres causas de inadmisión.

En la primera se indica que, pese a la doctrina jurisprudencial, que exige que el recurso de casación contra Autos se base en el motivo del artículo 87.1.c) de la L.J.C.A. en el caso presente, el escrito de interposición se intenta fundamentar en la invocación de una serie de preceptos "materiales" y que además se citan con carácter genérico.

En la segunda de las causas de inadmisión se alega divergencia entre el escrito de preparación y el de interposición, ya que en el primero no se hacían valer los artículos 49 y Anexo I de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el artículo 6 de la Directiva 97/13/CEE, así como la supuesta obligación de pago de la tasa en ellos establecidos.

Igualmente se alega que en el escrito de interposición se alegue una doctrina jurisprudencial -que en realidad no es tal, pues se invocan sentencias de la Audiencia Nacional-, supuestamente para casos idénticos, que en modo alguno fue mencionada en el escrito de preparación (asunto de las llamadas tarifas portuarias).

En la tercera causa de inadmisión, con invocación del artículo 93.2.b) de la Ley Jurisdiccional, se alega que en el escrito de interposición del recurso de casación se incluyen y desarrollan una serie de cuestiones que no fueron objeto de debate en el Auto recurrido y a la inversa, no se hace mención del artículo 103.4 y 5, referido en aquél y que proclama la nulidad de pleno derecho de los actos de la Administración tendentes a eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Subsidiariamente, se alega:

-Que el Auto recurrido, al anular la nueva liquidación, es conforme con el fallo de la sentencia de esta Sala, habiendo existido una extralimitación en el acuerdo de la CMT girando una nueva liquidación.

En efecto, entiende la parte recurrida que la Sentencia de esta Sala, quedó ejecutada como consecuencia del acuerdo por el que se hacía efectiva la nulidad de la liquidación inicialmente practicada y se ordenaba la devolución de su importe, con intereses de demora, a TESAU.



En cambio, la nueva liquidación, según el parecer de la parte recurrida, responde a una estrategia de elusión de lo resuelto por este Tribunal Supremo, no siendo posible considerarla como de ejecución de una sentencia que ya había sido ejecutada.

Rechaza la parte recurrida la postura del Abogado del Estado de entender, por primera vez, que la ejecución de la sentencia se agotó con el acuerdo de anulación y devolución originaria, por lo que la nueva liquidación ha de ser impugnada en la vía económico-administrativa, y ello, por cuanto la propia CMT, al girarla, reconoció que dictaba "en cumplimiento" de la Sentencia del Tribunal Supremo.

Se aduce que, en contra de lo que sostiene el Abogado del Estado, la ejecución de la sentencia, no solo no puede incluir un nuevo análisis de la legalidad de la Tasa, sino que excluye dicha posibilidad, porque lo que se desprende de la Sentencia de esta Sala es que la CMT, pudiendo y debiendo hacerlo, no acreditó que la Tasa, en su configuración legal en nuestro ordenamiento, fuera acorde con el principio de transparencia y de proporcionalidad con el coste del servicio.

En definitiva, concluye la sentencia, lo impugnado es ejecución de sentencia, pero ejecución indebida.

-Que la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2012 (sic), invocada por el Abogado del Estado no es de aplicación a este caso, pues la que ahora ha dado lugar al incidente de ejecución no ordenaba retroacción de actuaciones y reliquidación de la tasa y, aun entendiendo que pudiera ordenarlo o permitirlo, el procedimiento de ejecución caducó, no siendo posible una nueva liquidación, por estar prescrito el derecho de la Administración.

En efecto, para el supuesto de que se considere admisible la nueva liquidación, se expone que el procedimiento de ejecución iniciado con la notificación a la CMT, de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2012, caducó por haber transcurrido el plazo máximo de 6 meses, previsto en el artículo 104 de la Ley General Tributaria, sin haber practicado liquidación provisional, invocándose las Sentencias de esta Sala de 4 de abril de 2013 (recurso de casación número 2445/200917 y de 17 de abril de 2013 (recurso de casación 2445/2009).

-Que resulta improcedente la comparación del supuesto objeto de controversia con al de la anulación de las tarifas portuarias declaradas inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005.

TERCERO. - Por razones obvias de sistemática procesal, antes de resolver el problema de fondo que se plantea en el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, debemos dar respuesta a las causas de inadmisibilidad opuestas por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A..

Pues bien, pasando a hacerlo así, y con indicación de que el recurso de casación fue admitido a trámite por Providencia de 5 de junio de 2014, podemos adelantar que nuestra respuesta a la pretensión de inadmisión será desestimatoria, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la tesis básica del recurso de casación del Abogado del Estado, que invoca al efecto el artículo 87.1.c) de la L.J.C.A., es la de que el Auto impugnado se extralimitó en relación con el fallo de la sentencia, que no impide la practica de una nueva liquidación y ello sin perjuicio de que, efectivamente, se citen los preceptos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el artículo 6 de la Directiva, que autorizan la exigencia de la tasa a los operadores que se ven beneficiados por la prestación de servicios desarrollados por la CMT.

Por otra parte, como resulta que el Auto impugnado declara que "la liquidación sobrevenida, practicada tras la devolución del importe de la anulada por la sentencia anotada, viene a constituir un acto contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia, y que viene a eludir su cumplimiento, lo que por disposición legal es causa de nulidad del mismo (art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional)", el Abogado del Estado acude a la cita de la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2012, dictada en interés de la ley, que a su juicio justifica la práctica de una nueva liquidación, así como a una serie de preceptos que se invocan con el mismo fin.

En cuanto a la segunda de las causas de inadmisión opuestas por la representación de la parte recurrida, debemos comenzar diciendo que la jurisprudencia de esta Sala viene poniendo constantemente de manifiesto la necesidad de hacer constar ya en el escrito de preparación, el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar; segundo, la legitimación de la parte recurrente; tercero, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación, y cuarto, la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados (AATS de 10 de octubre de 2010, 6 de mayo de 2010, 11 y 18 de julio de 2007, y 16 de octubre de 2008, recursos de casación 573/2010, 951/2010, 4875/2009, 9741/2003, 2132/2004 y 4184/2007, entre otros muchos). No obstante, ha de precisarse que esta enumeración no agota las exigencias formales predicables del escrito de preparación del recurso de casación, pues tan sólo enuncia aquéllas que aparecen desconectadas de los concretos motivos de casación que sustentarán el indicado recurso.



Así, a esos requisitos ha de añadirse, en el caso de impugnación de sentencias, la necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos -de entre los previstos en el artículo 88.1 LJCA - en que se fundamentará el escrito de interposición, cualesquiera que sean en cada caso dichos motivos; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación los concretos motivos en que se fundará el recurso, con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta. Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición, en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal a quo quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de sus cuatro motivos, con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas, y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal; y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente.

Por el contrario, si lo que se impugna son autos dictados en ejecución de sentencia, debe alegarse la falta de correlación entre el fallo de la sentencia y lo decidido en aquellos, con invocación del artículo 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción .

En el presente caso, el escrito de preparación reúne los requisitos de forma anteriormente indicados, debiendo resaltarse que se indican los Autos objeto de impugnación y se invoca respecto de ellos el artículo 87.1.c) "porque la práctica de una nueva liquidación corrigiendo los vicios declarados en la sentencia firme que se ejecuta no fue una cuestión decidida, directa o indirectamente, en la misma", existiendo por ello perfecta correlación con el escrito de interposición al que acabamos de referirnos y sin que por ello, pueda alegar indefensión alguna la recurrente.

Se invocan ciertamente en el escrito interposición los artículos 49 y Anexo I de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el artículo 6 de la Directiva 97/13/CEE , que no se citaban en el de preparación, pero ello se hace para poner de manifiesto la obligatoriedad del pago de la tasa y no afecta para nada a la cuestión nuclear planteada por el Abogado del Estado, que se centra en la a su juicio, extralimitación del Auto recurrido, respondiendo al argumento de este último en el sentido de que la nueva liquidación suponía una forma de eludir el cumplimiento de la sentencia dictada.

Por último, en relación a la tercera causa de inadmisión, es cierto que el Abogado del Estado no se refiere expresamente al artículo 103.4 y 5 de la L.J.C.A ., pero ello resulta innecesario a partir de que así como el Auto impugnado identifica práctica de una nueva liquidación e intención de elusión de la Sentencia dictada por esta Sala, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso de casación se sostiene que dicha Sentencia no impide la práctica de una nueva liquidación.

CUARTO .- Una vez resueltas en sentido desestimatorio las causas de inadmisión opuestas por la parte recurrida, es hora de resolver el fondo del recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, extremo éste en el que debemos partir del principio capital que rige en la ejecución de sentencias, que es el de su exacta correlación con el fallo, por lo que aquella no puede suponer una adición, contradicción o desconocimiento de lo decidido el título que se ejecuta o al que se da cumplimiento.

A este principio responde que el artículo 87.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , considere susceptibles de recurso de casación los autos recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en ella, o que contradigan los términos del fallo que se ejecute, de lo que se infiere que en este tipo de recursos, no pueden invocarse válidamente los motivos que enumera el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , sino únicamente los ya expresados de resolver cuestiones no decididas o contradecir lo ejecutoriado. En este sentido, es habitual en las sentencias de esta Sala citar la de 6 de febrero de 2006 (recurso de casación 3395/2001), en la que se dijo que *"como ya sostuvimos en la sentencia de 2 de diciembre de 2002, oportunamente traída a colación por el Abogado del Estado, "es doctrina de esta Sala [...] que, a diferencia de lo que sucede con las sentencias y los demás autos susceptibles de recurso de casación, frente a los cuales el recurso puede fundarse en los motivos previstos en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , tratándose de recursos contra autos dictados en ejecución de sentencia no son invocables otros motivos que los que específicamente señala el artículo 87.1.c) de dicha Ley , reducidos a que los autos resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Y ello en razón de que en la casación de las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar, bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del artículo 88, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado para darle cumplimiento"*.



En el presente caso, TESAU, que confiesa haber formulado reclamación económico-administrativa contra la nueva liquidación girada, planteó también incidente de ejecución, invocando el artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción, en el que se recoge una de las medidas para asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales y con ello, el aseguramiento de que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución no queda defraudado en el área de ejecución de las resoluciones judiciales.

En efecto, el artículo 103 de la L.J.C.A., en los apartados indicados, establece:

" 4.Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

5.El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencias declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".

El artículo 103, novedoso en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1998, establece una garantía que se hace efectiva por el órgano al que corresponde la ejecución de la sentencia, salvo que careciese de competencia, objetiva o territorial, para ello (apartado 5), que consiste en la declaración de nulidad de pleno derecho del acto que contradiga lo resuelto en la sentencia.

Ahora bien, la sanción de nulidad de pleno derecho está sujeta a dos presupuestos que la Ley queda perfectamente identificados: que el acto contradiga el pronunciamiento de una sentencia y que se dicte con la finalidad de eludir el cumplimiento de la misma.

Sentadas las premisas normativas indicadas, debemos poner de manifiesto que, tal como figura en el Antecedente Primero, la razón de decidir de la Sentencia de esta misma Sala y Sección, de 9 de febrero de 2012, fue la de haber quedado acreditada la falta de equivalencia entre los ingresos obtenidos por la CMT y los costes producidos por la expedición, gestión control y ejecución del régimen de autorización general.

Pues bien, la resolución del Consejo de la CMT de 11 de julio de 2013, supone contradecir la "ratio decidendi" de la Sentencia de esta Sala, que, como acaba de indicarse, consideró no acreditado el cumplimiento del requisito de equivalencia, con arreglo a los datos que figuraban en autos.

Y para el supuesto caso de que la nueva liquidación se hubiera llevado a cabo mediante datos que no figuraban en el expediente administrativo, o, lo que es lo mismo, reconstruyendo éste último, debe indicarse que por ser la infracción de carácter sustantivo no resulta posible la retroacción de actuaciones, quedando contradicha igualmente la Sentencia dictada por esta Sala, que se encuentra protegida por la doctrina jurisprudencial que impide practicar liquidaciones sustitutivas de las anuladas mediante reconstrucción del expediente administrativo.

En este sentido, en la Sentencia de esta Sala de 15 de septiembre de 2014 (recurso de casación 3948/2012) se ha dicho (Fundamento de Derecho Cuarto):

" (...)La retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar "marcha atrás". Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión."

Y en la Sentencia de 29 de septiembre de 2014 (recurso de casación 1014/2013), se ha dicho (Fundamento de Derecho Cuarto):

"Según hemos indicado en la citada sentencia de 26 de marzo de 2012 (casación 5827/09, FJ 4º), estableciendo un criterio reiterado en la de 19 de noviembre de 2012 (casación en interés de la ley 1215/11, FJ 4º) y en la de 15 de septiembre de 2014 (casación 3948/12, FJ 5º), el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla, o a declarar su nulidad de pleno derecho si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación (pueden consultarse en este sentido cuatro sentencias de 14 de junio de 2012, dictadas en los recursos de casación 2413/10, 6386/09, 6219/09 y 5043/09, FJ 3º en los cuatro casos). Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad esté viva. Esto es, una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, le cabe a la Administración



liquidar de nuevo, siempre y cuando su potestad no haya prescrito, debiéndose recordar a este respecto nuestra jurisprudencia que niega efectos interruptivos de la prescripción a los actos nulos de pleno derecho [véanse las sentencias de 11 de febrero de 2010 (casación 1707/03 , FJ 4º.C), 20 de enero de 2011 (casación para la unificación de doctrina 120/05, FJ 7 º) y 24 de mayo de 2012 (casación 6449/09 , FJ 5º), ya citadas ut supra]."

Acreditada la contradicción del Acuerdo de la Comisión de la CMT, de 11 de julio de 2013, con la Sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2012 , solo cabe indicar que los Autos de la Sala de instancia aprecian que el nuevo acto de liquidación, viene a eludir el cumplimiento de la Sentencia de esta Sala, lo que da lugar a la aplicación de la consecuencia de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 103.4 de la Ley de esta Jurisdicción .

Lo expuesto anteriormente, que debe conducir a la desestimación del motivo en el presente caso, es plenamente compatible con la doctrina sentada en la Sentencia 19 de noviembre de 2012 , dictada en recurso de casación en interés de la ley 1215/2011, que fijó como doctrina legal la que "*La estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevinida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia.*").

En efecto, la no aplicación de la doctrina legal transcrita se debe a las circunstancias particulares que concurren en el presente caso y que han sido anteriormente expuestas.

QUINTO.- Al no prosperar el motivo alegado, el recurso de casación interpuesto debe ser desestimado y ello con imposición de costas procesales a la Administración recurrente, si bien que conforme al artículo 139.3 de la Ley de esta Jurisdicción , y tras ponderar las circunstancias concurrentes relativas a la naturaleza y complejidad del procedimiento, carácter repetitivo, cuantía, trabajo profesional desarrollado, y dentro del criterio general seguido por la Sala en esta materia, se limitan los derechos de la parte recurrida, a la cifra máxima de 4.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el presente recurso de casación, número 555/2014, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de **LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO** , contra Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre de 2013 , dictado en incidente de ejecución de la Sentencia dictada por esta Sala en 9 de febrero de 2009 (recurso de casación número 588/2008) y contra el Auto de 27 de enero de 2014, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el primero, con condena en costas de la Administración recurrente, si bien que con la limitación indicada en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Angel Aguillo Aviles Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico **PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Manuel Martin Timon, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.