

---

# Informe con respecto a la tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil

Patricia Ares Falcó, Reyes Escudero Villafáfila y Dolores Hernández Herrera  
*Servicio de Asesoramiento a Municipios de la Diputación de Valladolid*

## 1. Antecedentes

Por el Sr. alcalde del Ayuntamiento de X, se solicita de este servicio Informe jurídico sobre el recurso de reposición interpuesto por Y, contra la liquidación de la tasa de ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública girada por este Ayuntamiento a dicha empresa, a los efectos de poder fundamentar la resolución que se dicte.

La legislación aplicable a este supuesto es el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Haciendas locales (en adelante, TRLHL), y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (en adelante, LGT).

Antes de comenzar el Informe, tenemos que matizar que esta materia es objeto de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios. Hasta la fecha no existe jurisprudencia consolidada, existiendo un solo pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS de 16 de febrero de 2009), que confirma la legalidad de una tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil, ya sea por redes desplegadas de su titularidad o de terceros. Sin embargo, con posterioridad a esta STS, los TSJ han ido pronunciándose sobre la legalidad de la tasa y de las ordenanzas, tanto estimando como desestimando los recursos interpuestos por las operadoras de telefonía móvil contra las mismas.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, el 29 de octubre de 2010, al enfrentarse a otro caso similar, y tras el Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) de fecha 7 de septiembre de 2010, ha remitido una cuestión prejudicial al TJUE, para obtener su pronunciamiento. Es por ello que, estando este asunto en sede de las más altas instancias judiciales, habrá que esperar a esos pronunciamientos para poder tener una visión más clara de este complejo

tema. No obstante, en este Informe vamos a tratar de exponer la situación de la cuestión en la actualidad, y aplicar los razonamientos al supuesto planteado por el Ayuntamiento de X.

En concreto, la empresa Y realiza tres alegaciones a la liquidación en concepto de "Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública local" correspondiente al ejercicio 2011, que ha girado el Ayuntamiento de X, que son las que a continuación se exponen y que vamos a ir analizando en este Informe:

## 2. Consideraciones jurídicas

### **Primera. Exclusión de los servicios de telefonía móvil de la tasa especial del artículo 24.1 c) del TRLHL. Incompatibilidad con el régimen general del artículo 24.1 a) del TRLHL. Sentencia de 10 de febrero de 2009 del Juzgado núm. 25 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid**

La empresa alega que en el TRLHL existen dos regímenes diferentes a efectos de exigir este tipo de tasas, el general y el especial.

La tasa general es a la que hace referencia el artículo 24.1 a) del TRLHL para la utilización o el aprovechamiento especial del dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas locales si los bienes no fuesen de dominio público.

En cambio, la tasa especial es a la que se refiere el artículo 24.1 c) del TRLHL, sobre la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad, que se

cuantifica en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan en cada término municipal estas empresas.

Según la empresa alegante, esta se encuentra sujeta, en su caso, a la tasa especial del artículo 24.1 c) del TRLHL, haciendo referencia a la STS de 16 de julio de 2007, en la que se indica que la tasa a la que se encuentran sujetas las empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1 c) del TRLHL, con la salvedad prevista en este mismo precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.

Según la empresa, el hecho de estar sujeto a la tasa especial hace que no pueda aplicarse la tasa general al mismo sujeto pasivo, y puesto que el artículo 24.1 c) del TRLHL excluye de este régimen especial de cuantificación a los servicios de telefonía móvil, no se les puede aplicar, y en consecuencia la liquidación girada al amparo de una tasa general del artículo 24.1 a) del TRLHL es nula de pleno derecho.

No obstante la argumentación anterior, es necesario distinguir entre hecho imponible y régimen de cuantificación de la cuota de la tasa. En este sentido, la STS de 16 de febrero de 2009 ha establecido que el artículo 24.1 c) del TRLHL, lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes de determinación o cuantificación de la cuota de la tasa, y que es el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero sin excluir la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

Es decir, la diferencia entre los apartados a) y c) del artículo 24 del TRLHL, es el modo de cuantificar la tasa, no el hecho imponible de la tasa. Si se da el hecho imponible (utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local), habrá que ver de qué modo se cuantifica la tasa (si de un modo general o de un modo especial), pero el TRLHL no está excluyendo a las empresas de telefonía móvil del hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, únicamente las está excluyendo del modo de cuantificar la tasa en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación.

Además, manifiesta el Tribunal Supremo que si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los

operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas a efectos de la LGT, debe incluirse en este régimen general del artículo 24.1 a) del TRLHL a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas, que podría ser contraria a los principios de igualdad tributaria y capacidad económica, y por tanto sería una distinción discriminatoria.

Por ello, y tal como dice el Tribunal Supremo, "... no podemos compartir el criterio de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del art. 24.1.c) del TRLHL de los servicios de telefonía móvil, significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo. De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil...".

En este mismo sentido se pronuncian la STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2010 y el Informe de la CMT de 7 de septiembre de 2010. Este último señala que el artículo 24 del TRLHL recoge una importante excepción sobre la aplicación del régimen especial para la determinación del tributo, que es la exclusión del mismo de las operadoras de telefonía móvil, lo que conlleva en la práctica que, a diferencia de la telefonía fija, para el caso de los servicios de telefonía móvil solo se puede acudir a la regla general para determinar la tasa en función del valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización del dominio público local, y concluye que el TRLHL no ha fijado una fórmula concreta de cuantificación de la cuota a pagar por los operadores móviles a diferencia del resto de servicios y de la telefonía fija, pero en ningún caso se excluye a estos operadores móviles de la aplicación del tributo.

## Segunda. Cuantificación de la tasa

En esta segunda alegación la empresa manifiesta que no cabe la imposición de un método de cuantificación de la tasa como hace la Ordenanza fiscal, que es desproporcionado, ya que la empresa no obtiene un aprovechamiento intensivo del cableado que discurre sobre el dominio público local, y además manifiesta que en el hipotético supuesto de que se admitiera legalmente

la aplicación de este tributo, el importe del mismo debería ser considerablemente inferior.

Según la alegante, la Ordenanza que sirve de cobertura a la liquidación recurrida señala como criterios de cuantificación las distancias, registros y postes ubicados en la vía pública del municipio para la red de telefonía fija que resultan útiles para la telefonía móvil. Ante esto, señala que los metros de línea de la red fija que existen en el municipio, no pueden ser un parámetro que se utilice para cuantificar la tasa por el aprovechamiento del dominio público local para las empresas de telefonía móvil, porque la empresa no hace uso de este cableado, puesto que para la prestación del servicio de telefonía móvil se utiliza el espacio radioeléctrico, que es de titularidad estatal.

Por lo que respecta a esta segunda alegación, la STS de 16 de febrero de 2009, establece que el servicio de telefonía móvil requiere para su prestación el empleo permanente e indiscriminado de redes de telefonía fija, tendidas en el dominio público local, pero no solo el de la red fija tendida por la propia compañía, sino también el de las redes tendidas por las restantes compañías, a las que se accede por los derechos de interconexión.

Por ello, establece el Tribunal Supremo que la utilización de todas las redes, tanto propias como ajenas, tendidas en el dominio público local, supone para las empresas de telefonía móvil una utilidad que también tiene que valorarse, y el aprovechamiento especial del dominio público (que da lugar al hecho imponible), se producirá siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar una red que ocupe el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, y así manifiesta que “No cabe admitir la tesis de que únicamente las empresas distribuidoras propietarias de las redes de distribución de energía eléctrica pueden ser los sujetos pasivos de la tasa al ser las redes de estas empresas las que ocupan efectivamente el dominio público, porque el hecho imponible contemplado en las ordenanzas que la establecen está constituido no tanto por la utilización privativa del dominio público, como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que indudablemente lleva a cabo la empresa comercializadora, aunque no sea titular de la red de distribución. Estos esquemas son aplicables, con las debidas adaptaciones, al campo de la telefonía móvil...”.

En consecuencia, la afirmación de la empresa alegante de que no obtiene un aprovechamiento intensi-

vo del cableado que discurre sobre el dominio público local, en principio hay que rechazarla, en base a este pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Sin embargo, estas afirmaciones tan tajantes del Tribunal Supremo hay que matizarlas con el Informe de la CMT de 7 de septiembre de 2010. La CMT ha manifestado que, como regla general, la jurisprudencia ha aceptado que tanto los operadores fijos como los operadores móviles están sujetos al pago de la tasa, no tan solo por la utilización de sus redes, sino también de las de terceros.

Pues bien, después de efectuar en el Informe mencionado un análisis de la arquitectura de red mediante la que prestan sus servicios los operadores móviles, la CMT concluye que, a pesar de que no es posible establecer un patrón único para todos los municipios sobre el uso del bien de dominio público local por los operadores móviles (ya que depende de diversas variables como el tipo de tecnología que cada operador utiliza para la conexión de red, la ubicación de estos elementos, la disponibilidad y capacidad de los medios cableados, el plan de despliegue del operador, o la densidad de población), en todo caso, este uso del dominio público local que efectúan los operadores móviles es menos intensivo y extensivo que el de los operadores fijos, ya que en muchos casos utilizan tecnología inalámbrica para la conexión, e incluso en otros casos puede que ni siquiera dispongan de red ni propia ni ajena que ocupe el dominio público local, y por eso en estos casos no se realizaría el hecho imponible de la tasa.

En consecuencia, como los operadores móviles no hacen un uso tan intensivo y extensivo del dominio público local como lo hacen los operadores fijos, para la determinación del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o el aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público, habrán de tomarse en cuenta exclusivamente, según la CMT, los ingresos a cuya generación contribuye efectivamente el uso del dominio público local (minorando de estos ingresos los pagos que realicen estos operadores a otros si alquilan las líneas de terceros), y en cambio los ingresos generados por los servicios móviles que no requieran de la explotación del dominio público local no deberían formar parte de la base imponible sobre la que se calculan las tasas.

Una vez determinados estos ingresos, relevantes para la determinación del valor de mercado de la utilidad para el cálculo final de la cuota tributaria, entiende la Comisión que sería necesario valorar la intensidad de

uso realizada por los operadores de telefonía móvil en cada concreto municipio, debido a las diferencias existentes en cada arquitectura de red. Así, se disminuiría, e incluso podría ser nulo, el uso del dominio público local en muchos municipios, con lo que se perdería la condición de los operadores móviles como sujetos pasivos de la tasa, y por tanto la posibilidad de los entes locales de exigir esta tasa.

Aplicando todo lo expuesto a la liquidación efectuada por el Ayuntamiento de X, podemos obtener las siguientes conclusiones:

El Ayuntamiento aplica a la empresa alegante la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública local, y aplica las tarifas que establece su artículo 6, de tal modo que multiplica un determinado número de metros de cableado y un determinado número de registros por el importe que tiene fijado en su Ordenanza fiscal. Sin embargo, no justifica que efectivamente esos metros lineales de cable y esos registros, sean realmente utilizados por la operadora de telefonía móvil para la prestación del servicio. Es decir, puede ocurrir que esos metros de cable y registros efectivamente sean de la operadora, pero no todos ellos sean utilizados por la misma para prestar el servicio de telefonía móvil.

El artículo 25 del TRLHL, dispone que los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local deben adoptarse a la vista de informes técnicos económicos, en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado. El Ayuntamiento no adjunta dichos informes, pero lo que sí está claro es que en la liquidación efectuada no se puede comprobar si efectivamente la operadora de telefonía móvil utiliza todos los metros de cable y todos los registros por los que se multiplica y se obtiene la cuota tributaria.

Si realmente hay un uso real para las comunicaciones móviles de todos esos metros de cable por parte de la operadora, la liquidación sería correcta, pero todo parece indicar que el Ayuntamiento ha multiplicado los metros de cable de la red fija por la tarifa de la Ordenanza fiscal.

Si la liquidación realizada por el Ayuntamiento ha sido hecha de este modo, tiene razón la empresa alegante cuando manifiesta que no pueden utilizarse como criterios de cuantificación de la tasa las distancias, registros y postes ubicados en la vía pública del municipio para la red de telefonía fija, si la empresa no hace uso de este cableado. En cambio, sí se po-

drían utilizar sobre los metros que realmente utilizara la empresa para prestar el servicio de telefonía móvil. Y todo ello debería estar reflejado en el Informe técnico económico previo a la aprobación de la tasa, de tal modo que se debería hacer un estudio de los metros de cable y registros que utiliza la operadora alegante en este concreto municipio para prestar el servicio de telefonía móvil.

Hay que indicar que los criterios recogidos en el artículo 6 de la Ordenanza fiscal no permiten obtener una referencia del valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento especial del dominio público local, si los bienes no fuesen de dominio público, para los operadores móviles, ya que los metros de cable tendidos para la red fija no pueden ser un parámetro para determinar el valor de la utilidad que produce la utilización del dominio público local por los operadores móviles, si no queda acreditado que estos utilizan toda la red fija para sus servicios móviles. Además, en general, los ayuntamientos que están aplicando esta tasa disponen de una Ordenanza fiscal concreta para operadores móviles, y en cambio el Ayuntamiento de X aplica la tasa general de ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública local, lo que dificulta determinar el valor de la utilidad de la utilización de estos bienes para los operadores móviles, que, como regla general, no utilizan toda la red fija para prestar estos servicios.

En consecuencia, si el Ayuntamiento ha tenido en cuenta los metros de cable de red fija y el número de registros existentes en el municipio para calcular la cuota tributaria, sin que quede acreditado que todo este cableado y registros son utilizados por los operadores móviles para prestar el servicio de telefonía móvil, la liquidación girada por el Ayuntamiento será nula.

### **Tercera. Falta de cobertura legal de la tasa por aplicación de la Directiva 2002/20/CE y de la Ley general de telecomunicaciones**

Por último, alega la empresa que, en esta materia, rige en primer lugar la Directiva comunitaria 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones, y que se plantean dudas sobre la adecuación al Derecho comunitario de este tipo de ordenanzas que imponen una tasa a la telefonía móvil, lo que puede ser incompatible con la Directiva mencionada. Para la empresa alegante, esta tasa es contraria a los

principios de proporcionalidad, transparencia y no discriminación de esta Directiva.

El artículo 12 de la Directiva dispone que las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general, solo cubrirán los gastos administrativos, y serán objetivas, transparentes y proporcionales. Por otra parte, el artículo 13 de la mencionada Directiva permite que los Estados miembros impongan cánones "... por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en 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..."

El Tribunal Supremo, al enfrentarse con el enjuiciamiento sobre la legalidad de otra Ordenanza fiscal municipal reguladora de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, plantea dudas que no surgieron en la STS de 16 de febrero de 2009 que hemos comentado anteriormente, y entiende que la solución del litigio depende del juicio sobre el contraste entre la Ordenanza fiscal y el Derecho de la Unión Europea.

Por ello, el Tribunal Supremo plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales con fecha 29 de octubre de 2010, y que son las siguientes:

1.<sup>a</sup>) Si a la vista del artículo 13 de la Directiva, que se refiere a cánones por los derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, cabe someter a este tributo no solo al operador titular de la red, que la instala, sino también a los operadores que, meramente, reciben servicios de interconexión y que, por tanto, tienen acceso a la red y la usan.

Es decir, el Tribunal Supremo se plantea si, puesto que el artículo 13 de la Directiva solo hace referencia a cánones por la instalación de la red, cabe someter a este tributo no solo al operador titular de la red (que la instala y, por tanto, es sujeto pasivo del tributo), sino también a aquellos operadores que no instalan la red, pero utilizan la red de terceros para prestar sus servicios móviles (por ejemplo, alquilando líneas a otros operadores).

2.<sup>a</sup>) Si la respuesta anterior es que sí, pregunta el Tribunal Supremo si es posible exigir este gravamen en la misma cuantía e intensidad para todos los opera-

dores, sean o no titulares de la red, ya que se debería exigir mayor esfuerzo tributario a quien ocupe con más intensidad el bien de dominio público, no estando en la misma situación los titulares de las redes instaladas que los que solo las utilizan en régimen de acceso o de interconexión.

3.<sup>a</sup>) La tercera cuestión es si este artículo 13 de la Directiva reúne las condiciones para gozar, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, de efecto directo.

A la vista de las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo al TJUE, y visto que no es claro que la exigencia de la tasa en cuestión sea incompatible con el Derecho comunitario, como refleja el que se esté dilucidando en las más altas instancias, el Ayuntamiento de X no puede aceptar el planteamiento de la empresa alegante de que la Ordenanza que ampara la tasa impugnada es contraria al Derecho comunitario, y habrá que esperar a obtener estos pronunciamientos judiciales.

En conclusión, de las tres alegaciones planteadas por la empresa, el Ayuntamiento, a la vista de los razonamientos expuestos, podrá desestimar la primera y la tercera.

Con respecto a la segunda alegación, si efectivamente el Ayuntamiento ha girado la liquidación únicamente teniendo en cuenta los metros de cableado de la red fija y el número de registros de los que dispone la operadora en el municipio para prestar el servicio de telefonía fija, sin que quede acreditado que dicha empresa, realmente, necesita todos estos elementos de la red fija para prestar el servicio de telefonía móvil, la liquidación será nula, por no darse el hecho imponible de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación del servicio de telefonía móvil.

Se emite el presente Informe sin perjuicio de otro mejor fundado en Derecho. ■

En Valladolid, a 3 de mayo de 2011.