
Tributos, derecho de la Unión Europea y entidades locales*

Dimitry Berberoff Ayuda

*Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Antiguo letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

1. **Introducción**
2. **Sujeción al impuesto sobre el valor añadido de los servicios públicos prestados por entidades en régimen de gestión directa; SSTS de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008**
3. **Adaptaciones recientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como consecuencia de la incidencia de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
4. **La problemática de la incidencia de la Directiva de Servicios sobre la noción de prestación de servicios públicos de competencia local (como hecho imponible de la tasa)**
5. **Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil**

Resumen

Pese a la ausencia de armonización sobre determinadas figuras tributarias, la incidencia transversal del derecho de la Unión Europea se ha puesto de manifiesto recientemente a partir de determinados pronunciamientos jurisdiccionales que han generado un intenso debate en la comunidad jurídica.

El nuevo régimen de intervención diseñado por la Directiva de Servicios parece trascender la propia exclusión que contiene con relación al derecho tributario, proyectándose sobre concretas figuras tributarias de la Administración local.

Asimismo, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo asumen el acervo comunitario para proyectarlo sobre ciertos servicios públicos locales prestados en régimen de gestión directa (en el caso del IVA), o incluso para sugerir una revisión de los mecanismos de financiación de la prestación de servicios públicos de competencia local (abastecimiento de agua).

Respecto a la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil, se da cuenta de la STJUE de 12 de julio de 2012 y de sus implicaciones en la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Palabras clave: *Unión Europea; tributos; IVA; gestión directa de servicios públicos; incidencia Directiva Servicios; tasa local operadores telefonía móvil.*

* Esquema-guion de la conferencia pronunciada en el quinto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 24 de mayo de 2013.

Taxes, European Union Law and local entities

Abstract

Despite the lack of harmonization of some taxes, the horizontal effect of European Union Law has been clear recently through several judgments that have generated an intense debate among the legal community.

The new system for administrative intervention designed by the Services Directive impacts on some taxes, despite the fact that it provides that is not applicable to the field of tax law.

Moreover, recent case-law of the Spanish Supreme Court has applied European Union Law to several local public services which are directly managed (the VAT's case) and it has suggested a revision of the financial mechanisms of public local services (water supply's case).

In relation to the tax for private or special use of public local domain by the mobile telephone carriers, it is analyzed the judgment of the Court of Justice of the European Union of 12 July 2012 and its implications for the case-law of the Spanish administrative-contentious courts.

Keywords: European Union; taxes; VAT; direct management of public services; impact of Services Directive; local taxes on mobile telephone carriers.

1. Introducción

En los últimos tiempos presenciamos una evidente incidencia práctica del derecho de la Unión Europea sobre el ámbito tributario, en general, y respecto de las Haciendas locales, en particular.

Dicha circunstancia no responde a una suerte de permeabilidad entre dos sistemas jurídicos diferenciados, sino a la recta aplicación de una normativa que se caracteriza por su primacía en el escenario definido por la cesión de soberanía (con la consiguiente recepción del acervo comunitario) que comportó nuestra incorporación a la extinta Comunidad Económica Europea.

Las reacciones de la colectividad jurídica ante ciertos pronunciamientos judiciales recientes ilustran, quizás, la dificultad de asimilar que la norma comunitaria esté llamada a vertebrar la hermenéutica del derecho interno en ámbitos tales como el de la fiscalidad directa, o sobre cuestiones aparentemente inmunes a sus dictados –por ubicarse bajo la égida de la protección del principio de autonomía procesal de los Estados miembros–, obviando, en realidad, que, desde perspectivas sectoriales concretas, la protección que otorga el derecho de la Unión Europea a sus ciudadanos reclama soluciones diferentes.

Como ejemplo, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben ejercerla respetando el derecho de la Unión (sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C 334/02, apartado 21;

de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C 319/02, apartado 19; y de 16 de junio de 2011, Comisión/Austria, C 10/10, apartado 23), en particular, las libertades fundamentales, la competencia, y la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso.

Por tanto, no es del todo correcto afirmar que la Unión carezca de títulos habilitantes concretos para incidir sobre la fiscalidad directa, desde el momento que debe materializar los designios de aproximar legislaciones en el ámbito del mercado interior y de evitar distorsiones en su funcionamiento, en un nada despreciable ramillete de productos normativos vinculantes [entre otros, por ejemplo, por lo que respecta a sociedades, la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO L 310, pp. 34/46); y la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 345, pp. 8/16). Por seguir con los ejemplos, para la eliminación de la doble imposición, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO L 157, pp. 38/48); y la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cán-

nes efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO L 157, pp. 49/54)].

Otro ejemplo reciente, conocido por todos, lo suministra la STJUE de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz, C-415/11, cuya proyección sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria no se entiende si no se toma en consideración la protección del consumidor dispensada por la Unión Europea, a través de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En fin, la incidencia del derecho de la Unión sobre un ámbito como el de los tributos locales –en principio excluido de su competencia– puede venir determinada a través de una concreta normativa sectorial (como por ejemplo, las directivas de telecomunicaciones), como ilustra la STJUE de 12 de julio de 2012 (C-55/11, C-57/11 y C-58/11) que resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro Tribunal Supremo, por las que indagaba la compatibilidad comunitaria de las ordenanzas relativas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en el caso de las operadoras de telefonía móvil.

Esta exposición quedará limitada a dar cuenta –desde la perspectiva estrictamente comunitaria– de ciertas novedades legislativas y de algunos de los pronunciamientos recientes emitidos en materia tributaria por el TJUE, el TS y el TSJC, y que proyectan su incidencia sobre la Administración local.

2. Sujeción al impuesto sobre el valor añadido de los servicios públicos prestados por entidades en régimen de gestión directa; SSTs de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008

De acuerdo con el artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no estarán sujetas al impuesto:

“Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos mediante contraprestación de naturaleza tributaria.

“Tampoco estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos cuando se efectúen en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional cuyas operaciones principales se realicen mediante contraprestación de naturaleza tributaria.

“A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se

considerarán operaciones principales aquellas que representen al menos el 80 por 100 de los ingresos derivados de la actividad.

“Los supuestos de no sujeción a que se refiere este número no se aplicarán cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles.

“No obstante lo establecido en los párrafos anteriores de este número, estarán sujetas al impuesto, en todo caso, las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los entes públicos realicen, en el ejercicio de las actividades que a continuación se relacionan:

“a) Telecomunicaciones.

“b) Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.

“c) Transportes de personas y bienes.

“d) Servicios portuarios y aeroportuarios.

“e) Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior.

“f) Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos.

“g) Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial.

“h) Almacenaje y depósito.

“i) Las de oficinas comerciales de publicidad.

“j) Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares.

“k) Las de agencias de viajes.

“l) Las comerciales o mercantiles de los entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones.

“m) Las de matadero”.

Fuera de estos supuestos, la dificultad reside en determinar si la prestación de determinados servicios o el ejercicio de actividades por parte de las corporaciones locales (distintas a las enunciadas por el precepto) se encuentran o no sujetos.

A estos efectos, la STS de 20 de febrero de 2012 resulta interesante, al aclarar algunas cuestiones:

El planteamiento del problema

La Diputación Provincial de Valencia, competente para prestar el servicio de depuración de aguas residuales a determinados municipios, optó por suministrarlo a través de una sociedad mercantil participada por ella, la Empresa General Valenciana del Agua, S.A. (“EGEVA-SA”), a la que encargó la construcción de varias depuradoras. Esta empresa, una vez acabadas las obras, las entregó a la Diputación, facturando el precio más el correspondiente impuesto sobre el valor añadido.

Posteriormente, la Diputación decidió prestar el servicio también a través de EGEVASA, a la que cedió gratuitamente la gestión de aquellas depuradoras, siendo facturado por dicha compañía a los ayuntamientos el servicio, repercutiendo el tributo en cuestión.

Si bien sobre la anterior descripción no existió controversia, la discrepancia se produjo en torno a la negativa por parte de la Inspección a admitir la deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por la construcción de las depuradoras que EGEVASA más tarde repercutió a la Diputación. Consideró que la Diputación no realizaba ningún tipo de actividad empresarial, al prestarse el servicio por la mercantil EGEVASA; concluyó que al no tener la Diputación actividad empresarial, las cantidades soportadas no podían ser objeto de deducción.

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia se dijo:

“[...] la Sala concluye que el artículo 7.8.º segundo párrafo, conlleva la sujeción al IVA de los servicios públicos prestados por entes públicos ya sea directamente o bien mediante gestión indirecta, pues si atenderemos a la normativa de las Administraciones locales, diferencian entre los supuestos de gestión directa de los servicios públicos locales, ya sea por la propia entidad local, o bien por organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, y los casos de gestión indirecta, mediante la concesión, la gestión interesada, el concierto o la Sociedad de Economía Mixta en la que la Administración participe en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas, empresa mixta a la que también refiere el citado artículo 7.8.º de la LIVA, o en todo caso estamos en presencia de una empresa mercantil.

“[...] no hay duda de que el servicio de depuración de aguas residuales se encuentra sujeto al IVA, como sostiene la actora, pero el problema surge cuando de las manifestaciones contenidas en la demanda, y del contrato marco, resulta evidente que la actividad de EGEVASA no es para con la Diputación, sino para con los destinatarios de los servicios, de forma que la Diputación no presta directamente el servicio ni cobra por el mismo, sino que lo hace la propia entidad EGEVASA, por lo que esta no puede identificarse como pretende la recurrente con la Diputación como si fuera esta, de forma que la repercusión del IVA del servicio de depuración de aguas residuales por parte de EGEVASA, permitiera en aplicación del artículo 94 de la LIVA a la Di-

putación deducir el IVA soportado en la promoción de la construcción de las depuradoras.

“[...] hay [que] diferenciar dos operaciones distintas, la prestación de servicios de depuración de aguas residuales, al que ya hemos hecho alusión, y la cesión gratuita de la explotación de la depuradoras a la entidad EGEVASA.

“Y respecto de esta última, como sostiene el abogado del Estado, la cesión gratuita de la explotación de las depuradoras a EGEVASA, se califica como prestación de servicios, que constituye uno de los hechos imponderables del impuesto, pero en la medida en que la prestación de dicho servicio se hace por el ente público directamente a la entidad EGEVASA, dicha operación debe reputarse como no sujeta, en aplicación del artículo 7.8.º de la Ley 37/1992 anteriormente citada.

“[...]”.

En suma, la Sala de instancia, pese a reconocer que esa prestación estaba sujeta y no exenta del impuesto sobre el valor añadido, confirmó la improcedencia de las cuotas soportadas en la construcción de las depuradoras, porque “la cesión gratuita de la explotación de las depuradoras a EGEVASA, se califica como prestación de servicios, que constituye uno de los hechos imponderables del impuesto, pero en la medida en que la prestación de dicho servicio se hace por el ente público directamente a la entidad EGEVASA, dicha operación debe reputarse como no sujeta, en aplicación del artículo 7.8.º de la Ley 37/1992”.

Argumentación general

El Tribunal Supremo parte de la diferente regulación sobre el particular, contenida en las sucesivas leyes del IVA (la Ley 30/1985 y la Ley 37/1992):

– De acuerdo con el artículo 5.6.º de la Ley de 1985 quedan fuera de tributación las entregas de bienes y las prestaciones de servicios “realizadas directamente” por el Estado o las entidades en las que se organiza territorialmente, “cuando se efectúen sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”.

El Tribunal Supremo ha venido considerando que la previsión del legislador español no contradecía los términos del artículo 4, apartado 5, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sexta Directiva), conforme al que los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto “a las actividades y operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones”.

Por tanto, hasta la promulgación de la Ley 37/1992, los servicios suministrados por una sociedad mercantil municipal con una configuración de capital totalmente pública, en la medida en que se trata de una forma de gestión directa de servicios públicos locales, no estaban sujetos al impuesto sobre el valor añadido.

– Sin embargo, el artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, tras declarar no sujetas las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria, precisa que tal no sujeción no opera “cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles”.

Esta previsión se encontraba ya presente en el artículo 8.9 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, pero la jurisprudencia la consideró un exceso reglamentario sobre la previsión del artículo 5.6 de la Ley 30/1985 (STS de 10 de marzo de 2000).

En otras palabras, a partir de la Ley 37/1992, los servicios municipales prestados por empresas mercantiles que pertenecen en su integridad a una corporación local están sujetos al impuesto sobre el valor añadido. Así lo dispone ya el legislador.

– La problemática surge, no obstante, por la existencia de pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo que inducen a confusión: SSTS de 22 de octubre de 2010 (casación para la unificación de doctrina 271/06) y 15 de diciembre de 2010 (casación para la unificación de doctrina 51/2007).

Esta última sentencia se refería a una empresa, propiedad íntegra del Ayuntamiento, cuyo objeto social era la prestación del servicio municipal de limpieza. Pues bien, en esta sentencia, ya en vigor la Ley 37/1992, se indicó que, no obstante la dicción literal del artículo 7.8, párrafo segundo, de dicha Ley, la solución debía ser la misma que cuando regía la Ley 30/1985, porque se entendió que el mencionado precepto legal no recoge fielmente el sentido de la norma contenida en el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, concluyendo que “la excepción a la no sujeción regulada en el artículo 7.8 siempre que intervenga en una sociedad mercantil ha de ser interpretada en el sentido de entender que lo determinante es el régimen jurídico de prestación del servicio, por lo que si se actúa bajo un régimen de derecho público no debe excluirse la no sujeción” (FJ 6.º).

– Como consecuencia de lo anterior el Tribunal Supremo acomete una auténtica rectificación de criterio

en sus SSTS de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008, de acuerdo a la siguiente argumentación:

1.ª) El intérprete no debe, en principio, distinguir allí donde el titular de la potestad legislativa no lo hace, siendo claros y terminantes los términos del artículo 7.8, párrafo segundo, de la Ley 37/1992.

2.ª) Solo cabría preterir la previsión del legislador interno de entender que contradice los términos del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, por el juego de los principios de primacía y efecto directo de las normas del derecho de la Unión Europea. Pero tal no es el caso, pese al criterio de la STS de 15 de diciembre de 2010.

Dicho precepto, reproducido casi con las mismas letras en el artículo 13 de la vigente Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, niega la condición de sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido al Estado, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de derecho público, en cuanto a la actividad y a las operaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones públicas, aun cuando perciban derechos, rentas, cotizaciones o contribuciones (párrafo primero). Ahora bien, si el hecho de no considerarlos tales provoca graves distorsiones de la competencia, deberán quedar sometidos a tributación respecto de tales actividades y operaciones (párrafo segundo). En cualquier caso, serán sujetos pasivos cuando efectúen operaciones tales como las propias de las telecomunicaciones, o de distribución de agua, gas, electricidad y energía térmica, etc. (párrafo tercero en relación con el anexo D).

3.ª) Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de marzo de 2000) deja constancia de la mayor amplitud del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, en relación con el artículo 5.6 de la Ley 30/1985, precepto que se consideró ajustado a los términos del precepto comunitario según había sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El legislador español optó, en la Ley 30/1985, por no sujetar a tributación la prestación de servicios municipales mediante gestión directa, forma de gestión en la que se integraba la llevada a cabo mediante una empresa de total propiedad municipal. Se trataba, en realidad, del ejercicio de funciones públicas por los entes locales en el marco jurídico que les es propio, llevado a cabo en condiciones distintas que los operadores económicos privados, pues, estándose ante una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento, se financia de forma distinta que una empresa

privada. En otras palabras, el legislador español de 1985 actuó en los contornos que le permitía el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva.

4.ª) Ahora bien, la decisión del legislador de 1992 de someter a tributación las prestaciones de servicios llevadas a cabo por empresas públicas, privadas o mixtas y, en general, por sociedades mercantiles, también se produjo dentro de ese margen de maniobra, por lo que no hay razón alguna para dejar inaplicado el artículo 7.8, párrafo segundo, de la Ley 37/1992.

5.ª) La jurisprudencia comunitaria, al analizar el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, ha reiterado que su interpretación debe llevarse a cabo de modo que menoscabe lo menos posible la regla general, formulada en sus artículos 2, punto 1, y 4, apartados 1 y 2, según la cual toda actividad de naturaleza económica se encuentra, en principio, sujeta al impuesto sobre el valor añadido [sentencias de 16 de septiembre de 2008, *Isle of Wight Council* y otros (asunto C-288/07, apartados 38 y 44), y 12 de noviembre de 2009, Comisión/España (asunto C-154/08, apartado 112)], exigiendo la concurrencia de dos requisitos para que pueda aplicarse la regla de no sujeción recogida en aquel primer precepto: de entrada, la cualidad de organismo público, y, en segundo término, el ejercicio de actividades en condición de autoridad pública.

Tratándose del primer requisito, el hecho de que un particular (léase una empresa privada) ejerza prerrogativas de autoridad pública, no lleva como consecuencia automática que los servicios que preste queden al margen del impuesto sobre el valor añadido.

Por lo que se refiere al segundo, se ha de precisar que las actividades a las que se refiere son las que realizan los organismos de derecho público en el ámbito del régimen jurídico que les es propio, a excepción de las que desarrollen en las mismas condiciones jurídicas que los operadores privados, régimen jurídico que se determina atendiendo a la normativa interna.

6.ª) En otras palabras, con toda normalidad los organismos de derecho público en el ejercicio de sus funciones públicas realizan actividades de naturaleza económica, pero en la medida en que son expresión de prerrogativas de poder público no quedan sujetas al impuesto sobre el valor añadido, salvo que, tratándose de actividades económicas que se lleven a cabo de forma paralela por operadores privados (concesionarios, sociedades coparticipadas por el Ayuntamiento, en las que concurren al suscribir el capital social compañías privadas), la no sujeción al impuesto pueda alterar gravemente las condiciones de la competencia (artículo 4,

apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva). Incluso, el legislador comunitario ha presumido que esa afección se produce siempre tratándose de las actividades económicas enumeradas en el anexo D de la Sexta Directiva, salvo que el volumen de las operaciones sea insignificante (párrafo tercero del mismo precepto).

La aplicación de la doctrina anterior al caso controvertido: FJ 3.º

“TERCERO.– La conclusión a la que nos conduce el anterior razonamiento choca con la sentada por la Sala de instancia, básicamente sustentada en la inviabilidad de que la Diputación se aplicara la deducción porque no era quien prestaba el servicio y no tenía actividad alguna. (1) En el presente caso, la Diputación Provincial de Valencia, titular del servicio, lo prestaba y llevaba a cabo a través de una empresa pública, con capital público en sus inicios y, más tarde, con participación privada minoritaria. (2) Las depuradoras fueron encargadas por la Diputación a la empresa pública para la gestión del servicio. (3) No se puede afirmar, a los efectos de impuesto, que la Diputación no tenía actividad, cuando de hecho era quien prestaba el servicio a través de la empresa, en principio totalmente pública y después mixta. (4) Son precisamente este tipo de situaciones y relaciones dentro del sector público a las que se refieren, para considerarlas sujetas y no exentas, los artículos 7.8 de la Ley 37/1992 y 13 de la vigente Directiva 2006/112/CE. (5) Lo contrario nos llevaría a romper la cadena del impuesto sobre el valor añadido y con ello su neutralidad, residenciando en el distribuidor o prestador del servicio la carga fiscal que debe soportar el consumidor final.

“Por todo ello, debe admitirse el derecho a la deducción por parte de la Diputación Provincial de Valencia del impuesto sobre el valor añadido que soportó en la construcción de las plantas depuradoras que encargó a la empresa pública EGEVASA”.

3. Adaptaciones recientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como consecuencia de la incidencia de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

Sin perjuicio de que la Directiva de Servicios no se aplica a la fiscalidad (artículo 2.3) –exclusión fundamentada porque “en el Tratado se prevén bases jurídicas es-

pecíficas en materia fiscal, así como atendiendo al conjunto de instrumentos comunitarios ya adoptados en esta materia” (considerando 29)–, no ha pasado por alto que el nuevo régimen de intervención que diseña (en el que control preventivo o previo resulta excepcional, solo cuando se motive por una razón imperiosa de interés general) se ha proyectado sobre figuras tributarias de la Administración local. El ejemplo es evidente en el caso del ICIO, cuyo hecho imponible se refería hasta el momento exclusivamente a la exigencia de una licencia (artículo 100 TRLHL).

La determinación de la incidencia concreta de la Directiva de Servicios sobre determinados tributos locales reclamaba, con carácter previo, una relectura del propio ámbito de la disciplina urbanística (en el caso concreto del ICIO).

Pues bien, con independencia de lo anterior, que –no debe obviarse– corresponde clarificar al legislador autonómico, al ser el competente en materia urbanística, la Disposición final primera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, ha venido a despejar ciertas dudas en el ámbito de las Haciendas locales.

Según la Disposición final primera de la Ley 12/2012, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, queda modificado como sigue:

a) Se modifica el contenido de las letras h) e i) del apartado 4 del artículo 20 (apartado que se refiere al establecimiento de tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local), que queda redactado de la siguiente manera:

“h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa” (debe recordarse la redacción original del precepto: “h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana”).

“i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa” [en este caso, entre la redacción original (otorgamiento

de las licencias de apertura de establecimiento) y la vigente (dada por la Ley 12/2012) existe la versión introducida por el artículo 42 de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que se refería al “Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo”].

b) Se modifica el apartado 1 del artículo 100, que queda redactado de la siguiente manera:

“El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición”.

c) Se modifica el apartado 2 del artículo 101, que queda redactado de la siguiente manera:

“En el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o presenten las correspondientes declaraciones responsables o comunicaciones previas o quienes realicen las construcciones, instalaciones u obras.

“El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de la cuota tributaria satisfecha”.

d) Se modifica el apartado 1 del artículo 103, que queda redactado de la siguiente manera:

“Cuando se conceda la licencia preceptiva o se presente la declaración responsable o la comunicación previa o cuando, no habiéndose solicitado, concedido o denegado aún aquella o presentado estas, se inicie la construcción, instalación u obra, se practicará una liquidación provisional a cuenta, determinándose la base imponible:

“a) En función del presupuesto presentado por los interesados, siempre que hubiera sido visado por el colegio oficial correspondiente cuando ello constituya un requisito preceptivo.

“b) Cuando la ordenanza fiscal así lo prevea, en función de los índices o módulos que esta establezca al efecto.

“Una vez finalizada la construcción, instalación u obra, y teniendo en cuenta su coste real y efectivo, el ayuntamiento, mediante la oportuna comprobación administrativa, modificará, en su caso, la base imponible a que se refiere el apartado anterior practicando la correspondiente liquidación definitiva, y exigiendo del sujeto pasivo o reintegrándole, en su caso, la cantidad que corresponda”.

Resulta perceptible, por el contrario, que otros preceptos del TRLHL no han sido objeto de modificación, como ocurre con su artículo 23.2, que, en su redacción vigente, al regular la condición de sustitutos del contribuyente, otorgando esta condición a los constructores y contratistas de obras, sigue haciendo referencia, en su letra b), únicamente a “las tasas establecidas por el otorgamiento de las licencias urbanísticas previstas en la normativa sobre suelo y ordenación urbana”.

4. La problemática de la incidencia de la Directiva de Servicios sobre la noción de prestación de servicios públicos de competencia local (como hecho imponible de la tasa)

En este ámbito conviene tener en cuenta:

1.º) El hecho imponible, en los términos definidos por el artículo 20 TRLHL para las tasas por la prestación de servicios públicos:

“Artículo 20. Hecho imponible.

“1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

“En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

“A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

“B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

“a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se conside-

rá voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

“Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

“Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

“b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

“2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras”.

2.º) El artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su redacción anterior a la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible:

“Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

“a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

“Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”.

3.º) La supresión del segundo párrafo de la letra a) del apartado dos del artículo 2 de la LGT por la Disposición final 58.ª de la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible: los efectos jurídicos inmediatos de la supresión, un interrogante a resolver.

Por otra parte, la STS de 3 de diciembre de 2012, rec. 4354/2011, referida a la tasa de suministro de agua, apunta en su fundamento jurídico:

“CUARTO.– A título de conclusión sobre este repaso al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de

agua domiciliaria o potable, si se hace abstracción de las cinco sentencias Ayuntamiento de Salou, en las que, de forma acrítica, se sostiene que la suma pagada por los usuarios a la empresa arrendataria por la prestación del servicio de suministro de agua es un precio público (así lo habían calificado las partes, sin que hubiera discusión sobre el particular), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa.

“Ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la corporación municipal ejercitado su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio (v. gr.: sentencias Sociedad General de Aguas de Barcelona y Ayuntamiento de Barbastro). Si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa (v. gr.: sentencias Ayuntamiento de La Orotava).

“Esta Sala mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la Disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las sentencias del mismo Tribunal 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo. Por ello, en la sentencia Ayuntamiento de Ávila sienta un criterio, después ratificado en la sentencia Ayuntamiento de Alicante, conforme al que la prestación del servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión.

“Pese al aparente ‘desorden’, la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998) en que el servicio podía financiarse mediante precios públicos, nunca se le ha planteado un supuesto tal. A partir de esa segunda Ley, y también bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 2.2.) y del texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 (artículo 20.1.B), los usuarios han de financiar el servicio a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestio-

ne, ya que siempre se trata de servicios de recepción obligatoria (artículo 25.2.l) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local).

“Lo expuesto, como hemos dicho al inicio del anterior fundamento, es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada caso ha hecho esta Sala. Parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a), llevada a cabo en 2011 por la Ley de Economía sostenible, abre un panorama diferente, sobre el que no nos toca pronunciarnos para zanjar el actual supuesto”.

Por último, la STS de 20 de marzo de 2013, rec. 6524/2011 –referida a una ordenanza fiscal, reguladora de la imposición y ordenación de la tasa por prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos– desestima la casación y confirma la naturaleza de tasa frente a la tesis de la recurrente, que defendía la procedencia de precios públicos:

“En este motivo la recurrente mantiene que hay que diferenciar la gestión directa del servicio público de la indirecta, prestada esta última por empresas privadas, siendo únicamente posible el cobro de tasas en el primer caso, pero no en el segundo en el que solo pueden exigirse precios públicos.

“[...]

“La diferencia con las antiguas tasas es que estas tenían como límite máximo el valor del aprovechamiento del dominio público y el coste de los servicios”, mientras que “en los precios públicos, el valor del aprovechamiento del dominio público local y el coste de los servicios era el importe mínimo de los mismos.

“[...]

“SEXTO.– Ante esta doctrina, la Sala tiene que rechazar los motivos.

“Así a partir del 1 de enero de 1999 y como consecuencia de la Ley 25/1998, de 13 de julio, no hay duda que el servicio de recogida y tratamiento de residuos urbanos debe ser objeto de una tasa ante la nueva redacción dada a los artículos 20 y 41 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales. Poco importa que el servicio sea prestado mediante concesión administrativa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como ocurre en los supuestos de concesión.

“En conclusión, cuando se trata de la prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa, hay que entender que para su caracterización como tasa se requiere:

“a) Que la prestación del servicio público o la reali-

zación de la actividad se lleve a cabo en régimen de derecho público, lo que se produce a tenor del art. 2 a) párrafo segundo de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, antes de su modificación por la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo, cuando el servicio o la actividad se gestiona de cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa, y su titularidad corresponda a un ente público, lo que remite, en el caso de la legislación local, a los modos gestores, directos e indirectos, que regula y enumera el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

“b) Que el servicio público a actividad administrativa se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo; lo que se produce, según el art. 20.2 de la Ley de Haciendas Locales, cuando el servicio o actividad ‘haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actividades u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico o cualesquiera otras’.

“c) Que concurren alguna de las dos circunstancias siguientes:

“1) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos, expresa el art. 20.1 B) de la Ley de Haciendas Locales que no se considerara voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias, o cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

“2) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

“Frente a lo anterior, no cabe alegar la doctrina jurisprudencial que se invoca como infringida.

“Es cierto que la jurisprudencia clásica había establecido una clara distinción entre las figuras de la potestad tributaria y la potestad tarifaria, sentencias, entre otras, de 29 de enero de 1998 (re. 3915/91), de 27 de septiembre de 1997 (rec. 9964/1991), 4 de marzo de 1998 (rec. 2235/1992), 4 de julio de 2006 (rec. 9880/2003), 7 de marzo y 19 de diciembre de 2007 (recursos 1727/2002 y 3645/2002), pero no lo es menos que a partir de las sentencias de 30 de julio de 2009 (rec. 4089/2003) y de 12 de noviembre de 2009 (rec. 9304/2003) esta Sala, ante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta la nueva regulación, mantiene de forma clara que las

contraprestaciones a los servicios deben configurarse como tasas, sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión.

“No obstante, en la actualidad hay que tener en cuenta la supresión del párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Tributaria por la Ley de Economía Sostenible de 2011, si bien no incluyó una referencia expresa a lo que no son tasas, como aparecía en la enmienda n.º 443 del Grupo parlamentario catalán en el Senado de CIU”.

4.º) El concepto de remuneración como elemento definidor del servicio:

De acuerdo con el considerando 34 de la Directiva de Servicios: “Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un ‘servicio’ debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate. El Tribunal de Justicia ha reconocido así que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye una remuneración por los servicios de que se trate y ha reconocido que la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de ‘servicio’ del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

5.º) El principio de equivalencia entre el coste del servicio y el importe cuantitativo de la tasa por prestación de servicios: el beneficio del contratista o concesionario.

Según el artículo 24.2 LHL:

“En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsi-

ble del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

“Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente”.

5. Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil

– El artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), se refiere a las “Tasas administrativas” de la siguiente manera:

“1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

“a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y

“b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

“2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la

diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados”.

– Por otro lado, el artículo 13 de esa Directiva aborda los “Cánones por derecho de uso y derechos de instalar recursos”:

“Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”.

– Cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

“1.ª) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de Redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

“2.ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

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

– Parte dispositiva de la STJUE de 12 de julio de 2012:

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que,

sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

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

– A partir de la sentencia de 10 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo ha venido anulando las ordenanzas que establecían la expresada tasa, apuntando que la STJUE de 12 de julio de 2012: “obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no solo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a estas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002”.

– El Tribunal Supremo anula los preceptos de las ordenanzas que incluyan en el hecho imponible de la tasa la utilización o aprovechamiento de instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de las mismas, así como los preceptos de las ordenanzas que atribuyan la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

– Conviene recordar que los autos de remisión de la cuestión prejudicial apuntaban, “sobre la exigencia de no discriminación, que las ordenanzas establecen un régimen tributario igual para todos, con independencia de su condición y de las características de la ocupación. En este sentido, resulta, muy revelador que el importe de las liquidaciones tributarias que en aplicación de la ordenanza se giren a un concreto operador móvil sea idéntico en todo caso con independencia de que tenga instalada una red propia en vías públicas, su

suelo o su subsuelo, tenga derecho de uso de redes de otros operadores o meramente reciba servicios de interconexión para permitir la comunicación entre usuarios. Resultará, asimismo, esclarecedor que el importe del gravamen sea el mismo al margen de si el operador tiene toda la red ubicada en dominio público local o carece de instalaciones en el mismo. [...] Tampoco parece que se cumpla el principio de objetividad, desde el momento en el que gravamen establecido por la ordenanza basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil. [...] Procede, en consecuencia, preguntar a título subsidiario al Tribunal de Justicia, si un gravamen configurado con las condiciones previstas por la ordenanza fiscal discutida, satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que el artículo 13 de la Directiva autorización exige, y se endereza a garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos”.

Pues bien, dicho planteamiento se materializó en el segundo de los interrogantes: “las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?”

Sin embargo, al haber sido formulado con carácter subsidiario, esto es, “para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE”, a tenor ya de su primera respuesta, el TJUE entendió que no resultaba procedente entrar en la segunda de las cuestiones planteadas.

No obstante, determinadas sentencias del Tribunal Supremo declararon la nulidad de los preceptos relativos a la cuantificación de la tasa (STS de 15 de octubre de 2012, o la de 22 de febrero de 2013):

“Pues bien, esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre la no conformidad a derecho de la regulación de la cuantificación de la tasa que se contiene en ordenanzas como la que ahora nos ocupa.

“En efecto, en nuestra sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso de casación n.º 1085/2010) ya señalamos que el pronunciamiento anulatorio había de extenderse al precepto de la ordenanza regulador de la cuantificación de la tasa, y ello por las siguientes razones:

“Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el

titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecúa a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la abogada general, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que *con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso.*

“Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio’.

“En consecuencia, no resultando ajustado a derecho el método de cuantificación al que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza que hoy nos ocupa, se impone declarar la nulidad del citado precepto”.

– Auto de 8 de enero de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1.– Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de redes de telecomunicación. 2.– Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado”.

– STS de 22-2-2013, rec. 5602/2009, fundamento de derecho primero:

“Resulta prioritario que nos pronunciemos sobre la solicitud de suspensión del presente recurso de casación formulada por el Ayuntamiento, que se fundamenta en que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario número 102/2010 ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ‘en relación a la interpretación que debe darse tanto a su sentencia de 12 de julio de 2012 como al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, y cuya resolución tendrá una indudable trascendencia a los efectos del presente procedimiento’

“Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, la eficacia suspensiva que dicha cuestión prejudicial despliega en el proceso en que se suscita no puede extenderse a este recurso que se resuelve, incluso, después de que el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012, haya resuelto la propia cuestión prejudicial formulada por este Tribunal dando adecuada respuesta a las únicas y específicas cuestiones en ella suscitada.

“Desde un punto de vista material, y sin perjuicio del criterio que merezca al TJUE, la cuestión prejudicial del Juzgado aparece formulada en términos tan teóricos y genéricos que no suscita dudas interpretativas a este Tribunal para decidir sobre la adecuación o no al derecho comunitario europeo de la concreta ordenanza fiscal que fue objeto de enjuiciamiento en la instancia. Dicho en otros términos, la respuesta ya dada por el TJUE es suficiente para enjuiciar, conforme al artículo 13 de la Directiva, la ordenanza concretamente impugnada, con independencia de que las exigencias y prohibiciones del precepto puedan extenderse o no ‘a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de las redes de telecomunicaciones’ (sic), con independencia, por tanto, de la naturaleza que este Tribunal aprecia en el ingreso regulado por la ordenanza que examina, y que se determina en atención a sus concretas previsiones sobre el hecho imponible, sujeto pasivo y sistema de cuantificación.

“Por lo tanto y en definitiva, no cabe ni suspender la tramitación de las presentes actuaciones ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por otro órgano jurisdiccional ni proceder por parte de esta Sala a un nuevo planteamiento de cuestión ante el TJUE”. ■