
Telecomunicaciones y tributación local¹

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

- 1. Contradicción entre la parsimonia de la legislación sobre tributación local y el dinamismo del sector de las telecomunicaciones**
 - 2. Necesidad de reducir el “riesgo regulatorio” y la incertidumbre normativa**
 - 3. Fases de la regulación de las telecomunicaciones**
 - 3.1. Primera fase (1882-1924): inestabilidad regulatoria
 - 3.2. Segunda fase (1924-1987): monopolio sin resquicios
 - 3.3. Tercera fase (1987-1995): preparación del proceso liberalizador
 - 3.4. Cuarta fase: liberalizaciones en acceso a Internet, móviles, cable y satélite
 - 3.5. Quinta fase (2002-2003): disposiciones comunitarias y Ley 32/2003, general de telecomunicaciones
 - 4. Regulación actual de la tributación local de las telecomunicaciones**
 - 5. Régimen especial de Telefónica**
 - 5.1. Evolución histórica anterior
 - 5.2. Explicación del régimen especial local
 - 5.3. Ley 15/1987 y Reglamento de desarrollo
 - 5.4. Privatización de Telefónica
 - 6. Problemas suscitados por el régimen especial: régimen privilegiado y telefonía móvil**
 - 7. Tributación de las demás operadoras de telecomunicaciones: normativa sectorial; comunicación de las ordenanzas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**
 - 8. Impuestos, contribuciones especiales y tasas en general**
 - 9. Tasas por aprovechamiento del dominio público local: regímenes de cuantificación del artículo 24.1 LHL; titularidad de la red; empresas explotadoras de servicios de interés general; importe de la tasa; empresas que no facturan en el término municipal**
 - 10. Tributación de las operadoras de telefonía móvil: sujeción a la tasa; cuantificación en general de la tasa; supuesta vulneración de la legislación, estatal y comunitaria, sobre telecomunicaciones; concreta cuantificación en las ordenanzas**
 - 11. Anulación de ordenanzas por cuantificaciones erróneas**
- Bibliografía consultada**

1. Contradicción entre la parsimonia de la legislación sobre tributación local y el dinamismo del sector de las telecomunicaciones

Analizar la problemática de la tributación local de las telecomunicaciones exige comenzar por resaltar la enorme contradicción que se produce entre, por una parte, la lentitud y parsimonia de la legislación reguladora de las

haciendas locales, y, por otra parte, el dinamismo desbocado de las telecomunicaciones, derivado, además, de dos fenómenos concurrentes pero bien diversos:

- De un lado, el paso de un régimen de monopolio en la explotación de las telecomunicaciones a un régimen liberalizado, impuesto por la normativa comunitaria.
- De otro lado, la constante innovación tecnológica en la materia, producida en un tiempo acelerado,

1. Ponencia expuesta en el “Curso de Derecho de las Telecomunicaciones”, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 8 de octubre de 2009.

desde luego muy alejado de la correspondiente respuesta legislativa.

Consecuencia obligada de todo ello es la necesidad de que sean los órganos jurisdiccionales los que hayan de dar respuesta a los nuevos retos que esta problemática plantea.

2. Necesidad de reducir el “riesgo regulatorio” y la incertidumbre normativa

El letrado del Consejo de Estado Javier Torre de Silva destaca, ante todo, la exigencia de que se reduzca el llamado “riesgo regulatorio” en los sectores objeto de regulación, como el de las telecomunicaciones. Tan importante es la flexibilidad del regulador como el carácter predecible de sus decisiones, pues el sector ha estado, y sigue estando, necesitado de costosísimas inversiones en redes y servicios, que, además, se caracterizan por tener un largo plazo de recuperación, unido a un riesgo de obsolescencia tecnológica que puede materializarse a corto o a medio plazo, de forma que la financiación de estas inversiones requiere confianza en la actuación futura del regulador.

Cabe añadir, en el tema que nos ocupa, que, igualmente, debiera reducirse la incertidumbre sobre la tributación local por las telecomunicaciones.

La obsolescencia está a la orden del día en esta materia: de la misma forma que la invención del teléfono, en 1876, convirtió rápidamente en obsoletos los curiosos servicios de señales anteriores, en los últimos diez años se ha producido el desarrollo masivo de la telefonía móvil, con una radical transformación de la realidad, afectando también a los ingresos de las haciendas locales.

3. Fases de la regulación de las telecomunicaciones

Siguiendo al mismo autor, cabe describir la regulación de los servicios de telecomunicaciones en general, y telefónico en particular, en las siguientes fases:

3.1. Primera fase (1882-1924): inestabilidad regulatoria

Desde 1882 hasta 1924 prevalece la inestabilidad regulatoria. Es bien conocida la ineficiencia económica de tal inestabilidad regulatoria, y la historia de la

regulación del servicio telefónico fijo, durante el siglo transcurrido entre 1882 y 1987, demuestra que incluso una gestión privada, en régimen de monopolio, puede ser más eficiente que una gestión del servicio en régimen de competencia, sometida a reglas no previsibles y en continuo cambio. En 1924, tras 44 años de funcionamiento del servicio, en España había tan solo 78.124 teléfonos.

3.2. Segunda fase (1924-1987): monopolio sin rescuicios

Desde 1924 hasta 1987 rigió el monopolio sin rescuicios. En 1924 se celebró el primer contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España (que no era tan nacional como su nombre indicaba, pues estaba participada en cuantía muy significativa por la International Telephone and Telegraph Corporation, ITT). No ha habido en la historia reciente de España otro contrato público de mayor importancia.

Mediante un decreto ley de 1945, el Estado adquirió la práctica totalidad de las acciones que poseía la ITT y pasó a controlar casi el 80% (el 79,6%) del total de las acciones ordinarias en circulación. Posteriormente vendió algunas acciones en el mercado interno.

El contrato de 1946 introdujo pocos cambios sustanciales adicionales, pero uno de ellos resultaría, sin embargo, de cierta importancia: la definición de “sistema telefónico” incorporó también el inalámbrico, lo que tendría su importancia cuando, años después, naciera el servicio telefónico móvil (Telefónica comenzó a prestarlo en 1977, con la denominación de Teléfono Automático de Vehículos).

El contrato constituyó un mecanismo eficaz, pues en 1953, con una guerra civil de por medio, se había pasado de los 78.124 teléfonos que había en 1924 a un millón, y en 1967 eran tres millones y medio los teléfonos instalados.

3.3. Tercera fase (1987-1995): preparación del proceso liberalizador

Desde 1987 hasta 1995 se produce la preparación del proceso liberalizador.

Aprobada la Constitución, el carácter de “Ley paccionada” e inderogable de la de 31 de diciembre de 1945 determinó la no aplicación a Telefónica de España, S.A.

de las disposiciones aprobadas con posterioridad; pero la atribución a esta Compañía del derecho a aprobar (previa aprobación de la Delegación del Gobierno) los reglamentos técnicos y de prestación del servicio telefónico no resultaba defendible.

Por ello, la disposición adicional segunda de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, disponía la formalización de un nuevo contrato con Telefónica de España, S.A. que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 1991, formalizado el 26 de diciembre de 1991 y publicado por resolución de 14 de enero de 1992 (BOE 23-1-1992).

El nuevo contrato eliminaba los privilegios más exorbitantes de Telefónica de España, S.A.; por ejemplo, se introdujo un plazo de duración del contrato (si bien amplio, de treinta años) que acabó con el carácter indefinido de los anteriores. Por otra parte, se amplió la definición de servicio telefónico que se concedía a la Compañía en exclusiva, incluyendo expresamente el servicio telefónico móvil (que ya prestaba desde 1977 en su forma analógica), y se atribuyó también a Telefónica el "servicio portador soporte del servicio telefónico básico" y la "transmisión de datos por la red pública de conmutación de paquetes" y por la red telefónica conmutada. Telefónica de España, S.A. se obligaba a garantizar su neutralidad en la prestación de los servicios objeto del contrato, cuando estos sirvan de soporte a servicios de telecomunicación que se presten en régimen de libre competencia.

3.4. Cuarta fase: liberalizaciones en acceso a Internet, móviles, cable y satélite

Consiste en las primeras liberalizaciones, relativas al acceso a Internet, móviles, cable y satélite.

La categoría introducida en la Ley de 1987 de los "servicios de valor añadido", permitió que el servicio de "acceso a Internet" naciera ya liberalizado en España. Cuando, en 1990, se creó el servicio de acceso a Internet, podía prestarse en régimen de libre competencia, con sometimiento a una mera autorización.

Como se ha anticipado, tanto en la redacción original de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones como en el contrato de 1991, la "telefonía móvil" era uno de los servicios finales incluidos en la telefonía básica. No obstante, cuando se modificó la Ley de ordenación de las telecomunicaciones en 1992 (mediante la Ley

32/1992), se calificó el servicio de telefonía móvil automática como un servicio de valor añadido, lo que, en la práctica, equivalía a la introducción de competencia mediante el otorgamiento de nuevas concesiones.

En cuanto a las "telecomunicaciones por cable", en 1995 prometían ser una importante alternativa a la red telefónica fija de Telefónica de España, S.A., salvando el llamado "bucle local" (la última parte de la red, muy difícil de duplicar, que conecta la terminación de red del abonado con la central local). Pero el desarrollo de las telecomunicaciones por cable resultó mucho más lento de lo previsto, por retrasos legislativos (el Reglamento técnico y de prestación del servicio, necesario para la celebración de las licitaciones, no fue aprobado hasta diez meses después), por exigencias materiales (el establecimiento de la nueva red requería tiempo), y por circunstancias accidentales y de mercado (retrasos en las licencias municipales, rápido desarrollo de servicios competitivos, etc.)

Las "telecomunicaciones por satélite" (con exclusión del servicio telefónico básico por satélite) también fueron liberalizadas durante este período, gracias a la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de telecomunicaciones por satélite, que las sometió a una mera autorización administrativa.

Dentro de esta primera fase de liberalización, han de reseñarse las siete importantes directivas comunitarias, tendentes a conseguir la plena liberalización del sector, el día 1 de enero de 1998 (para España, 1 de diciembre de 1998). El nuevo conjunto de directivas establecía un sistema basado en la apertura a la competencia de todos los servicios y en el establecimiento y explotación de todas las redes de telecomunicaciones, siendo tres los pilares de este nuevo sistema: títulos habilitantes, interconexión y servicio universal.

3.5. Quinta fase (2002-2003): disposiciones comunitarias y Ley 32/2003, general de telecomunicaciones

Se produce, en el ámbito de la Unión Europea, mediante el segundo gran paquete de disposiciones comunitarias de liberalización de las telecomunicaciones, aprobadas en su totalidad en el año 2002, y consta de seis directivas y una decisión (directivas "Marco", "de Autorización", "de Servicio Universal", "de Acceso", "sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas", y la

“relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, y “Decisión sobre el espectro radioeléctrico”).

Y en España, a través de la nueva Ley general de telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre). Cuando se promulga, no puede decirse aún que el sector de las telecomunicaciones esté, de facto, maduro desde un punto de vista concurrencial. El Grupo Telefónica seguía teniendo cuotas de mercado superiores al 50 por 100 en todos los mercados del sector; en telefonía fija se situaba en el 81,3 por 100 de cuota de mercado (datos de finales de 2003), que incluía un 89 por 100 del mercado de acceso directo.

Indiscutiblemente, la telefonía móvil es la principal dinamizadora del sector, y su mercado ha crecido espectacularmente en los últimos años: Telefónica Servicios Móviles España, S.A.U. pasó de unas 200.000 líneas en 1995 a 3 millones de líneas en 1997 y a 19,6 millones de líneas en 2003, superando por primera vez el número de líneas de telefonía fija de su Compañía hermana TESAU, que tenía 19 millones de líneas en España en 2003. Los demás competidores en telefonía móvil han crecido de forma similar, especialmente Vodafone España, S.A., por lo que la telefonía móvil comienza a convertirse en un servicio sustitutivo de la telefonía fija, con clara ventaja tanto para el prestador del servicio (que percibe mayores ingresos) como para el cliente.

4. Regulación actual de la tributación local de las telecomunicaciones

Frente a este dinamismo del sector, derivado de los avances técnicos y de la liberalización, la regulación actual de la tributación de los operadores de telecomunicaciones en las haciendas municipales responde a una situación, tanto legal como técnica, que no se corresponde con la realidad de nuestros tiempos.

En efecto, la regulación vigente pivota sobre un sistema dual, e implica un tratamiento fiscal diferenciado entre empresas que realizan una misma actividad económica y que, conceptualmente, usan el mismo dominio público local.

Debemos distinguir por ello, en primer lugar, el régimen especial aplicable a Telefónica de España, S.A.U., empresa del Grupo Telefónica que tiene concedida la prestación del servicio de telecomunicación; y, en segundo término, el régimen general aplicable al

resto de los operadores de telecomunicaciones, en particular respecto de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (mal llamada “tasa del 1’5 por 100”).

Dos problemas esenciales se presentan al respecto:

1) Un primer problema esencial de esta dualidad procede del hecho de que la Ley de haciendas locales se promulgó en los tiempos de monopolio de las telecomunicaciones y, por ello, no está pensada específicamente para su aplicación a los operadores de las mismas, sino para las otras empresas prestadoras de servicios.

Esta discordancia ha propiciado que Villar Uríbarri llegue a sostener la inaplicabilidad de la llamada “tasa del 1,5%” al ámbito de las telecomunicaciones, señalando tres razones para ello:

a) Hoy no se aplica, ni tan siquiera a Telefónica de España, S.A.U., habida cuenta de que esta goza de una *lex specialis* (Ley 15/1987, de 30 de julio).

b) Cabe defender que los servicios de telecomunicaciones y la explotación de redes de telecomunicaciones no constituyen “servicios de suministro”, pues el concepto de “servicio de suministro” no es predicable de la explotación de redes de telecomunicaciones, o de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Se sostiene, en tal sentido, que la liberalización de los servicios de telecomunicaciones ha separado más el concepto de servicio del de suministro: la elección, por el usuario, de la empresa que preste el servicio de telecomunicaciones permite, incluso, que esta pueda hacerlo sin contar con redes instaladas en el término municipal correspondiente, en el que puede no existir ningún punto de interconexión o de acceso. Según se concluye, difícilmente cabe entender que, en el caso de las telecomunicaciones, la prestación de servicios constituya un suministro. Nótese que, en muchos casos, los servicios se prestarán por operadores alternativos, empleando siempre la misma red a través de los procedimientos de interconexión o de acceso.

c) La Directiva Comunitaria de autorizaciones impide que, sobre las explotaciones de redes de telecomunicaciones o la prestación de servicios de telecomunicaciones, se impongan más gravámenes que los estrictamente necesarios, derivados de la actuación administrativa para el otorgamiento de los títulos correspondientes.

Según el mismo autor, gravar de forma excesiva y desproporcionada un sector que tiene problemas de desarrollo, es desconocer dónde está la riqueza imponible, y dificultar, todavía más, el desarrollo de

las empresas de telecomunicaciones, por lo que habría de mantenerse la actual situación, evitando nuevos gravámenes que afecten al sector, o una elevación de los existentes.

Además, en aras de la sencillez y la reducción de gastos administrativos, debiera preverse la gestión estatal de los tributos municipales que afecten al sector de las telecomunicaciones. Se sostiene, al respecto, que el artículo 149.1.21.^a de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de telecomunicaciones, y esta competencia exclusiva alcanza a la actividad legislativa y a la ejecutiva, incluyendo esta última la de gestión. Siendo ello así, no procede que las corporaciones locales asuman competencias de control respecto de las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones. Ello debiera determinar que cualquier tributación, que afecte al sector de las telecomunicaciones, deba ser de gestión centralizada, particularmente cualquier tributo que grave la actuación de las empresas de telecomunicaciones con un tipo porcentual respecto de los ingresos obtenidos por las empresas. En caso contrario, se estaría permitiendo a los ayuntamientos conocer las cuentas de estas empresas, y se estaría dificultando extraordinariamente la gestión de estas, incrementando estructuras administrativas paralelas y provocando disfunciones de toda índole.

Cualquier tributación que se establezca, respecto del sector, debe ser la común. Ya las empresas de telecomunicaciones están sujetas al impuesto de sociedades y se les aplica el tipo común del 35% sobre los beneficios que obtengan. ¿Qué sentido tiene establecer un porcentaje determinado de tributación, sobre los ingresos brutos, en cada municipio? ¿Qué relación guardaría una tributación de esta índole con el coste efectivo que supone la ocupación del dominio público, afecto a la actividad de las telecomunicaciones?

Esta larga cita de una posición doctrinal contraria a la actual tributación local por la tasa del 1,5% de las telecomunicaciones, anuncia los problemas que la práctica ha venido presentando. Ha de adelantarse que, como quedará detallado, no se comparte ninguna de las citadas conclusiones.

2) La segunda circunstancia relevante, ya citada, es la extensión imparable de la telefonía móvil, con la instalación de antenas y de otros elementos técnicos,

que han significado una utilización intensiva del medio urbano, como base esencial de su negocio.

Pero, sobre todo, la expansión de la telefonía móvil, en detrimento de la fija, suscita un serio problema financiero a las corporaciones locales: las cantidades percibidas por el régimen especial de tributación de Telefónica han minorado sustancialmente, pese a ser la misma o mayor la ocupación del dominio público local por sus redes.²

5. Régimen especial de Telefónica

El régimen especial de Telefónica consiste, como es sabido, en la sustitución de las deudas tributarias locales por una compensación en metálico de periodicidad anual.

Este régimen se contiene en la Ley 15/1987, de 30 de julio, y en el Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre. Pero solo es aplicable a la empresa Telefónica de España, S.A.U., Sociedad Unipersonal, por transmisión de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecida en el contrato de la concesión entre el Estado y Telefónica el 21 de diciembre de 1991. Solamente en ese supuesto se hará la compensación anual, mientras el resto de las empresas del Grupo Telefónica quedan sujetas al régimen general de los tributos locales.

La Ley 15/1987 (en el texto modificado por la LHL de 1988, la cual ratificó la vigencia de aquella, si bien adecuando su redacción a las figuras tributarias de la propia LHL: la expresa sujeción de la CTNE a las contribuciones territoriales debe entenderse referida al nuevo IBI) establece la expresa sujeción de la CTNE a dicho IBI, y la sustitución de cuantos otros tributos de carácter local pudieran corresponder, por una compensación en metálico de periodicidad anual. La compensación consiste en el 1'9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación correspondiente a cada término municipal, y en un 0'1% de la facturación de cada demarcación provincial, respectivamente. No es necesario para su efectiva aplicación que las entidades locales adopten acuerdo o aprueben ordenanza fiscal alguna, satisfaciéndose trimestralmente a los ayuntamientos y diputaciones provinciales.

2. Turu Santigosa ofrece muy gráficamente las diferencias en cifras hasta el año 2002.

5.1. Evolución histórica anterior

La Ley 15/1987 es la culminación de una evolución histórica curiosa:

–Desde 1945, Telefónica era el “suministrador exclusivo del servicio de telecomunicaciones en España”. En el contrato de 1946 se contempla un régimen fiscal especial para Telefónica, consistente en la sustitución de la totalidad de las deudas tributarias por cualquier arbitrio, tasa, contribución especial o impuesto de los que fuera sujeto pasivo, y quienquiera que fuese el sujeto activo exaccionador de los mismos, por un porcentaje que, sobre sus ingresos y en la forma y medida que se establecía en el propio contrato, habría de abonar la Compañía al Estado, con la consiguiente exención de toda otra contribución o impuesto, arbitrio o tasa de cualquier clase.

–La jurisprudencia negó que las leyes formales posteriores pudieran establecer modificaciones en el contrato y, en consecuencia, someter a la Compañía Telefónica al régimen tributario general. Se alude al “carácter de Ley paccionada” y “pacto solemne” que tiene el contrato a estos efectos (por todas, SSTS de 15 de diciembre de 1995 y de 30 de enero de 1996).

–La jurisprudencia es invariable: el “pacto solemne” con Telefónica está por encima de cualquier norma positiva del Ordenamiento, situación no alterada por la promulgación de la Constitución de 1978 y el reconocimiento de la autonomía municipal. La Ley 15/1987, de 30 de julio, vino a sustituir (en realidad a prolongarlo en los tributos locales) este régimen tributario “paccionado”. La aplicación de este sistema ha llegado a provocar pleitos curiosos, en los que se estimaron demandas de Telefónica contra precios públicos girados por estacionamiento de sus vehículos en “zona verde”, de importe inferior a 100 de las antiguas pesetas.

Esta situación se liquidó con la promulgación de la Ley 15/1987, de 30 de julio, que vino a acomodar el régimen tributario de la CTNE a las características comunes que rigen para cualquier persona jurídica. Pero el legislador realizó dicha asimilación, sin problema alguno, en lo relativo a los tributos estatales y autonómicos, pero no a los locales.

5.2. Explicación del régimen especial local

La explicación de esta diferencia, que se contiene en la exposición de motivos de la Ley de 1987, difícilmente puede mantenerse en la actualidad.

Se dice que la pluralidad de sujetos activos exaccionadores, la diversidad de ordenanzas locales, con la subsiguiente multiplicidad de tipos, tarifas y sistemas de gestión contemplados en las mismas, el sinnúmero de conductas y acontecimientos que integran los hechos imposables de las tasas y contribuciones especiales locales, unido a la circunstancia de que los servicios de la Compañía se prestan en la práctica totalidad de las corporaciones locales españolas “imponen de manera inevitable la adopción de una solución que respetando los derechos e intereses de las entidades locales, propicie el que la Compañía pueda hacer frente a sus obligaciones tributarias para con las mismas. Sin que ello le irrogue una presión fiscal indirecta y unos costes de gestión que convertirían el cumplimiento de tales obligaciones en insoportablemente oneroso para el sujeto pasivo de las mismas. La única solución en orden a abonar el fin reseñado es el cumplimiento sustitutorio mediante el abono de una compensación anual en metálico.”

La supuesta presión fiscal indirecta por los consiguientes costes de gestión, queda prácticamente desdibujada con las modernas tecnologías, que permiten una informatización casi total para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. No cabe entender actualmente que sea “insoportablemente oneroso” el cumplimiento de unas obligaciones que llevan a cabo otras empresas suministradoras, al tiempo que la prestación de servicios en la práctica totalidad de los municipios españoles, lejos de suponer una mayor onerosidad, conlleva la correspondiente economía de escala para hacerles frente.

El argumento doctrinal citado, de que “se estaría permitiendo a los ayuntamientos conocer las cuentas de estas empresas [de telecomunicación]”, supone, llanamente, la pretensión de un privilegio respecto no solo de las demás empresas de suministros, sino de cualquier empresa o ciudadano que debe cumplir sus obligaciones de información frente a todas las administraciones tributarias. Cabe recordar, en todo caso, que el artículo 95 de la vigente Ley general tributaria resalta el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, disponiendo su apartado 3 que: “La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran

derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.”

5.3. Ley 15/1987 y Reglamento de desarrollo

La norma reglamentaria de desarrollo de la Ley 15/1987 se contiene en el Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, que regula el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación, la forma de calcular los mismos y las partidas que los integran, así como el procedimiento, importe, plazos y documentación de los correspondientes pagos.

Cabe destacar que el artículo 2 del Real decreto determina expresamente, como ingresos netos de explotación procedentes de la facturación, los obtenidos de servicios telemáticos y de transmisión de datos, así como servicios móviles, terrestres y marítimos. Se establece también la minoración de las partidas incoables, o de dudoso cobro, y las partidas correspondientes a importes indebidamente facturados porque hayan sido anulados o rectificadas. El sistema de pago de las compensaciones se lleva a cabo mediante cuatro declaraciones-liquidaciones trimestrales, a cuenta de la declaración-liquidación definitiva que se practique. Contempla también que ha de presentarse un ejemplar de cada una de estas liquidaciones, sin otro detalle que el importe global, ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y otro ejemplar, con detalle de facturación y cálculo de participación de cada municipio o provincia, ante la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales. Por tanto, la compensación, que se fracciona en ingresos trimestrales a cuenta, se ingresa en el Tesoro del Estado, distribuyéndose después a los entes locales por parte de dicha Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales.

La Ley 15/1987 incluyó también la atribución de la tercera parte de la participación compensatoria de los años 1986 y 1987, como reconocimiento implícito de que el sistema anterior había perjudicado a las entidades locales.

5.4. Privatización de Telefónica

Simultáneamente con la Ley 15/1987, comenzó la fase denominada de “privatización de Telefónica”, preparándose primero el camino de la venta de la participación que el Estado español mantenía aún de la

Compañía, y llevándose a cabo finalmente en su totalidad. Desde febrero de 1997, Telefónica es una empresa enteramente privada, y desde el 17 de marzo de 1998, fecha en la que se celebró la reunión de la Junta de accionistas de Telefónica, se convirtió en un grupo de empresas que pasó a denominarse Telefónica, S.A.U., integrada por un consorcio de cuatro filiales: Telefónica de España, Telefónica Móviles, Telefónica Internacional y Telefónica Media.

Este hecho provocó la controversia de si el régimen fiscal especial expuesto debía aplicarse a todas las nuevas sociedades, o solamente a una de ellas. La solución la dio el artículo 21.5 de la Ley 50/1998, que contempla que el citado régimen fiscal especial resulta aplicable a “la empresa del grupo Telefónica a la que, en su caso, le haya sido, o le sea transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de fecha 26 de diciembre de 1991. En tal caso, la compensación anual prevista en el artículo 4 de la citada Ley 15/1987 tendrá como base los ingresos procedentes de la facturación de la mencionada empresa; las restantes empresas del grupo, incluida Telefónica, S.A., quedan sometidas al régimen general de los tributos locales.”

Como consecuencia directa de lo anterior, Telefónica, S.A.U. no incluye, en el cómputo de la base de la compensación que debe realizar a favor de los ayuntamientos y diputaciones, los denominados ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término o demarcación, los ingresos correspondientes a “servicios móviles, terrestres y marítimos” que, tal y como hemos visto, el artículo 2 del Real decreto 1334/1988 incluía dentro de la consideración de aquellos.

En definitiva, la liberalización del sector y la introducción de la competencia han provocado que Telefónica, S.A.U., no solo no haya incrementado su facturación, sino que haya visto reducida la misma, al existir otros operadores de telefonía fija que compiten por idéntica franja de mercado. Esta situación cobra especial atención en el ámbito local, tal y como refleja el problema existente en aquellos municipios que intentan aplicar la tasa regulada en el artículo 24.1 LHL a las nuevas empresas explotadoras de servicios de telefonía y telecomunicación, y ven sistemáticamente recurridas tales imposiciones ante los tribunales.

En conclusión, el viejo sistema de la exigencia de una compensación sobre los ingresos, además de una exoneración tributaria general, ha ido reduciendo su ámbito de aplicación paulatinamente, aunque todavía subsiste.

Afecta solo a los tributos locales y alcanza únicamente a una de las sociedades en las que se ha desmembrado la antigua CTNE. Los tributos estatales y los autonómicos se exigen sin especialidades destacables; y, por otra parte, todas las sociedades del Grupo Telefónica, salvo la excepción mencionada, se someten a los tributos locales en los mismos términos en que lo hace el resto de los operadores de telecomunicaciones.

6. Problemas suscitados por el régimen especial: régimen privilegiado y telefonía móvil

Este régimen especial de Telefónica no ha dejado de suscitar problemas.

En primer lugar, se ha cuestionado la propia existencia de un régimen fiscal privilegiado o discriminatorio a este operador, lo que viene excluido por las directivas comunitarias. Dos dictámenes del Consejo de Estado (los números 2.852/2002 y 228/2003) han señalado que tal régimen, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “no se justifica en la actualidad”, y su vigencia en un mercado plenamente liberalizado debe someterse a consideración. Las largas épocas de monopolio y la actual situación como “operador dominante” dificultan, sin duda, la terminación de un régimen fiscal tan discriminatorio.

Y, sobre todo, se ha cuestionado la exclusión en la facturación de los ingresos procedentes de la telefonía móvil. La idea general de las entidades locales ha sido propugnar un cambio legislativo, que refleje específicamente en la Ley de haciendas locales una nueva regulación al

respecto, en la que de forma indubitable se establezca un sistema que garantice que, al menos las entidades locales, mantendrán la capacidad recaudatoria que poseían respecto de estos servicios de telecomunicación antes de su liberalización, y se beneficien de cuantas nuevas actividades se produzcan, y para las que sea necesario utilizar tanto el suelo, subsuelo y vuelo de sus términos, dado el imparable desarrollo de las tecnologías.

El informe de 20 de diciembre de 2000 del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, resaltó al respecto dos cuestiones de interés:

1.^a) Que la compensación a abonar por Telefónica a los ayuntamientos y diputaciones debe considerarse como un tributo de titularidad local, por lo que la actuación del Estado se realiza a cuenta de las entidades locales, verdaderos titulares de las potestades de gestión, recaudación, comprobación e inspección. Por ello, los ayuntamientos y diputaciones ostentan un interés legítimo, y pueden instar de la Administración del Estado la entrega de la documentación y datos sobre su estado y tramitación.

2.^a) Que no existe fundamento jurídico alguno para excluir, del cómputo de los ingresos brutos de la facturación, los procedentes de “servicios móviles, terrestres y marítimos”, puesto que forman parte del concepto “ingresos brutos de explotación”, establecido por el artículo 2.1.c) del Real decreto 1334/1988.

Sin embargo, esta última pretensión ha sido desestimada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2006 (recurso núm. 1044/2001). Aunque tal sentencia se encuentra recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, no parece que sus conclusiones sean cuestionables.³

3. Señala la sentencia:

- Que durante los años inmediatamente anteriores a 1995 Telefónica de España, S.A. prestaba servicios de telefonía móvil y otros e incluía la facturación de todos ellos como ingresos brutos de explotación en la base para la determinación de la compensación sustitutoria establecida por la Ley 15/1987. Por su parte, “Telefónica de Servicios Móviles, S.A.”, desde el inicio de su actividad, ha permanecido sujeta a los tributos estatales, autonómicos y locales sin ninguna especialidad, como cualquier otra empresa española y, particularmente, en igualdad de condiciones tributarias que su competidora Airtel.

- Que la pretensión de incluir los ingresos de “Telefónica de Servicios Móviles, S.A.”, hoy “Telefónica Móviles, S.A.” en la base de la compensación sustitutoria de la Ley 15/1987, supone no solo interpretar extensivamente dicha Ley y el Real decreto 1334/88, para hacer comprender en su texto supuestos no previstos, sino que además no tiene en cuenta que la facturación de Telefónica Móviles que se pretende incorporar está ya sujeta al régimen tributario estatal, autonómico y local ordinario, y su inclusión –además– en la base compensatoria crearía una desigualdad competitiva de esta última empresa frente a Airtel, su competidora en el inicio de su actividad, desigualdad que desde luego no estaba contemplada en las órdenes administrativas que autorizaron la transmisión de la concesión.

- Que lo señalado respecto de la transformación del título de concesión de telefonía móvil y su cesión a una empresa filial, es de aplicación al concepto de transmisión de datos (Real decreto 804/1993, de 28 de mayo, disposición transitoria 2.^a).

- Que la cuestión se presenta con mayor claridad a partir del 1 de enero de 1999, pues a los argumentos anteriores se añade la entrada en vigor de la Ley 50/1998 (artículo 21.5). Telefónica de España, S.A. es “la única beneficiaria” de los derechos y obligaciones recogidos en la Ley 37/87, por lo que del citado precepto legal resulta que el resto de las empresas del grupo Telefónica quedan sujetas al régimen general de los tributos locales. Por tanto, el régimen fiscal especial derivado de la Ley 15/1987 se aplica respecto de los ingresos por todas las actividades de Telefónica de España, S.A., detalladas en el Real decreto 1334/88, y no incluye en la base de la compensación los ingresos y facturación del resto de empresas del grupo Telefónica, que quedan sujetas al régimen tributario ordinario.

7. Tributación de las demás operadoras de telecomunicaciones: normativa sectorial; comunicación de las ordenanzas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Los demás operadores de telecomunicaciones están sujetos a la tributación local sin ningún régimen especial, esto es, les resultan aplicables las normas tributarias locales establecidas con carácter general.

La normativa sectorial de telecomunicaciones, en particular la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, no contiene normas sobre la tributación local de los operadores y de los servicios que prestan. Las normas tributarias que se recogen se refieren a las tasas estatales que se devengan con ocasión de la prestación de estos servicios (por numeración, por reserva del dominio público radioeléctrico, por certificaciones registrales, etc.).

Evidentemente, y pese a las confusiones que se han querido introducir al respecto, la exacción de tales tasas estatales nunca puede suponer duplicidad alguna con los tributos locales, especialmente con la tasa por ocupación del dominio público local. Es obvio que el dominio público radioeléctrico es de titularidad estatal y no puede ser gravado por las entidades locales, pero no es menos obvio que, si para prestar el servicio de telefonía móvil, o cualquier otro en materia de comunicaciones, ha de ocuparse el dominio público local, habrá de satisfacerse la correspondiente tasa local.

El análisis de la citada Ley 32/2003 confirma la anterior conclusión:

- Dispone en su artículo 28.2 que “Asimismo será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas la normativa específica dictada por las administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público, en los términos que se establecen en el artículo siguiente.” Por tanto, la Ley de telecomunicaciones, lejos de excluir la normativa específica relativa a la tributación por ocupación del dominio público, contiene una expresa remisión a la misma.

- Entre los límites de la normativa a que se refiere el citado artículo 28, ha de mencionarse, en lo que aquí interesa, lo previsto en el artículo 29.2.a) de la misma Ley 32/2003: “Las normas que se dicten por las correspondientes administraciones, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo anterior, deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos: a) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de esta, ajustado al modelo que se establezca mediante orden del ministro de Ciencia y Tecnología, así como del texto de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales contempladas en el artículo 24.1.c) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, y del de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público de otra titularidad, se deberá dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que esta publique una sinopsis en Internet.”

El precepto sectorial, por tanto, contiene una expresa referencia tanto a la tasa del 1,5% del artículo 24.1.c) LHL como a cuantas disposiciones tributarias afecten a la utilización de bienes de dominio público. El criterio doctrinal antes expuesto, de que los servicios de telecomunicaciones y la explotación de redes de telecomunicaciones no constituyen “servicios de suministro”, por lo que estarían excluidos de la tasa por ocupación del dominio público, queda desautorizado con contundencia por el propio texto legal sectorial.

- En otro orden de cosas, sin embargo, el precepto ha sido invocado para sostener la nulidad de las correspondientes ordenanzas, por no haberse dado traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de su publicación y de un resumen de esta.

Es claro, e incluso redundante, que la normativa a que se refiere el artículo 28 de la Ley general de telecomunicaciones, incluida la que expresamente se cita relativa a la tributación por ocupación del dominio público, haya de ser publicada en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente, tal como señala el artículo 29.1.a) de la misma Ley. En el ámbito local, tal obligación de publicidad ya viene precisada en el artículo 17.4 de la LHL: la vigencia de las ordenanzas queda subordinada a la publicación del texto íntegro de las ordenanzas, y de sus modificaciones, en el boletín oficial de la provincia o comunidad autónoma uniprovincial.

El problema surge respecto de la importancia de la comunicación o traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Como tal comunicación se ha de ajustar al modelo a establecer mediante orden ministerial,

ha de entenderse que no era aplicable hasta la entrada en vigor de la Orden ITC/3538/2008, de 28 noviembre, que aprueba el modelo de comunicación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la normativa que afecte al derecho de ocupación del dominio público y privado para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas (BOE de 6 de diciembre de 2008; RCL 2008\2042; vigente desde el día siguiente de la publicación en el BOE).

El preámbulo de esta Orden reitera el objetivo de la Ley 32/2003 de promover el establecimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas por medio de una inversión eficiente, así como las condiciones de igualdad y transparencia que han de respetarse. Más en concreto, se afirma que los requisitos del transcrito artículo 29.2 a) de dicha Ley 32/2003, se establecen con objeto de simplificar el cumplimiento de los criterios generales que habrán de respetar las administraciones públicas, titulares del dominio público y competentes para dictar normativa en determinadas materias que afectan al despliegue de las redes, así como para garantizar los derechos de información y de seguridad jurídica, tanto de los operadores que aspiran a desplegar sus redes, como de los usuarios de los servicios, así como de los ciudadanos en general.

Se añade que, a su vez, el artículo 31.1 de la Ley 32/2003 establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones publicará en Internet un resumen de las normas que cada Administración le haya comunicado, en cumplimiento de lo establecido en el citado artículo 29.2. La Orden se dicta para dar cumplimiento a los expresados mandatos legales, aprobándose el correspondiente modelo de comunicación a dicha Comisión.

El artículo 2.2 detalla la documentación que habrá de remitirse: a) Una copia de la publicación del texto de la norma en el "Diario Oficial" correspondiente; y b) Un resumen de cada una de las normas aprobadas, ajustado al "Modelo de Comunicación de la normativa que afecte al derecho de ocupación del dominio público y privado para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas" que figura en el anexo. El plazo para la remisión de la documentación será el

de un mes desde la publicación de la norma, preferentemente a través de medios electrónicos o telemáticos (artículo 3).

La Orden, según su disposición final primera ("Título competencial"), se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

La omisión de la comunicación no puede, en ningún caso, conllevar la nulidad o ineficacia de las ordenanzas. Al respecto, señalan García de Enterría y de la Quadra Salcedo: "Probablemente no tenga mayor importancia la previsión de la letra a) en lo que se refiere a qué efectos tiene el hecho de no cumplir con la obligación de dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En realidad el arranque del número 2 del artículo 29 lo que dice es que deben cumplirse cuatro requisitos, de los cuales el primero y contenido bajo la letra a) consiste en la obligación de ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. Este es, en nuestro parecer, el contenido del requisito por más que, acto seguido, se diga que de dicha publicación y un resumen de la misma se deberá dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para efectos de publicación de una sinopsis en Internet. No parece que esta finalidad, en el caso de que no se haya producido la comunicación a la Comisión, determine ningún grado de ineficacia para la aplicación de la norma debidamente realizada y publicada en los términos previstos en la Ley."

A la misma conclusión han llegado los órganos jurisdiccionales. Así, por todas, la STSJ, Sección 4.ª, de Madrid núm. 1303/2009, de 19 de junio de 2009 (recurso núm. 993/2007), según la cual la eventual publicación sinóptica en Internet no puede ser considerada infracción sustancial de procedimiento pues, además de no haberse traducido en desconocimiento alguno (la prueba es la propia demanda, no precisamente escasa), difícilmente podría haber satisfecho una exigencia de publicidad con todas las garantías si se remite a una sinopsis.⁴

4. Dice esta sentencia en su fundamento tercero:

"Comenzaremos por la supuesta infracción del artículo 29.2 de la Ley 32/2003 general de telecomunicaciones al no haberse remitido por el Ayuntamiento la Ordenanza a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la publicación en Internet de una sinopsis de aquella. Acreditado en trámite de prueba que el traslado no se produjo la actora deduce que se ha cometido un vicio de nulidad de pleno derecho en el procedimiento de la Ordenanza invocando al respecto los artículos 13 y 15 de la Directiva 2002/20/CE sobre el principio de transparencia. Pues bien nada de los argumentos merece su acogimiento por este Tribunal.

En definitiva, la omisión de la comunicación en cuestión habrá de estimarse, a lo sumo, como un defecto formal, que solo determinará la anulabilidad cuando dé lugar a la indefensión, según la esencial regla del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.

8. Impuestos, contribuciones especiales y tasas en general

No parece que puedan suscitarse problemas específicos en la tributación por las operadoras de telecomunicaciones, diferentes de Telefónica, S.A.U., por los impuestos locales, ya sean obligatorios (IBI, IAE y Vehículos) o potestativos (ICIO y Plusvalía).

Tratándose de contribuciones especiales, ha de recordarse que el artículo 30.1.d) LHL considera sujetos pasivos de las mismas, como personas especialmente beneficiadas, “d) En las contribuciones especiales por construcción de galerías subterráneas, las empresas suministradoras que deban utilizarlas”, disponiendo el artículo 32.1.c) de la misma Ley que la base imponible “se repartirá entre los sujetos pasivos con sujeción a las siguientes reglas: c) En el caso de las obras a que se refiere el apartado 2.d) del artículo 30 de la presente Ley, el importe total de la contribución especial será distribuido entre las compañías o empresas que hayan de utilizarlas en razón al espacio reservado a cada una o en proporción a la total sección de las mismas, aun cuando no las usen inmediatamente.”

Este supuesto peculiar de contribuciones especiales, afecta únicamente a las empresas que emplean galerías subterráneas para el suministro de agua, gas, energía eléctrica o teléfono. Clavijo Hernández sostiene que debe seguirse el significado técnico de galería subterránea, esto es, una especie de túnel o camino

subterráneo que se hace en ciertas obras para instalar en él canalizaciones de distribución de agua, cables conductores de corriente, etc., pues el legislador utiliza un tipo de lenguaje en el que predominan expresiones técnicas que se completan y limitan unas a otras. Otros autores, como Rubio de Urquía, manifiesta que resulta preferible utilizar un sentido funcional y entender por galería subterránea también cualquier canalización subterránea de la distribución de agua, cables conductores de corriente, cables de teléfono, etc., utilizando el término “conducciones”, más amplio que el estrictamente técnico de “galerías”, y se desprende del contenido del derogado artículo 219.2.l) del Texto refundido de 1986, que se refería a la “construcción de galerías subterráneas para el alojamiento de redes y tuberías de distribución de agua, gas, electricidad y otros fluidos y para los servicios de comunicación e información.”

Desde un mínimo “estándar” de calidad de vida, ha de sostenerse la posibilidad de imposición de contribuciones especiales, también, para conducciones y canalizaciones de los expresados servicios de energía eléctrica y teléfono, para empezar a limitar las agresiones estéticas y medioambientales que suponen, en multitud de localidades y urbanizaciones, los tercermundistas tendidos sobre vetustos postes o palomillas, que debieran quedar relegados a la memoria histórica.

La Ley atribuye expresamente a las empresas suministradoras la condición de especialmente beneficiadas por la construcción de galerías subterráneas que deban utilizar, aunque ello no implique que ese sea su único fin, ni excluya que aquellas empresas sean sujetos pasivos por los supuestos generales de las letras a) y, especialmente, b), como titulares que son de explotaciones empresariales, cuando obtengan, de acuerdo también con las reglas generales respectivas, el imprescindible beneficio especial, que no tiene por qué ser necesariamente “adicional”. En todo caso, el beneficio especial de los

“En primer lugar el precepto de la Ley de telecomunicaciones supuestamente infringido, como se dice en la contestación a la demanda, se refiere a los supuestos de tributación especial del 24.1.c) de la Ley de haciendas locales y no a los del apartado a). La actora sortea este obstáculo, de complicada superación, al señalar que, materialmente, la tasa para las operadoras de móviles es la del c), aunque de forma ‘artificial’ se haya situado en el a). Ello supone ir preparando este argumento formal para una de las cuestiones básicas del recurso, si bien en esta se predicará esencialmente que la tasa de móviles no se encuentra en ninguno de los dos supuestos y por tanto no es posible encuadrarla en ningún hecho imponible contemplado legalmente. Pues bien, desvirtuada semejante argumentación, verdaderamente artificial, basta decir que la Ordenanza ha recibido cuantos requisitos precisa para su publicación y que la eventual publicación sinóptica en Internet no puede ser considerada infracción sustancial de procedimiento, pues, además de no haberse traducido en desconocimiento alguno (la prueba es la propia demanda, no precisamente escasa), difícilmente podría haber satisfecho una exigencia de publicidad con todas las garantías si se remite a una sinopsis. Por ello estimamos que han sido respetados los artículos 13 y 15 de la Directiva en la medida suficiente para el respeto a la legalidad y sin perjuicio que cualquier otra medida de publicidad como la contenida en la Ley general de telecomunicaciones hubiese contribuido a una mayor aplicación del principio de transparencia normativa.”

usuarios de los suministros es indudable, si se parte de la mínima sensibilidad estética propia de los tiempos actuales, usuarios a los que, en definitiva, trasladarán las compañías las cuotas satisfechas vía tarifas.

Con todo, la problemática esencial en la tributación local de las empresas de telecomunicaciones se centra en las tasas municipales, en particular en la relativa al aprovechamiento del dominio público local.

Desde luego, conforme al apartado 4.h) del artículo 20 LHL, las entidades locales pueden establecer tasas por el “otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana.” Asimismo, estarán sujetas a las tasas de las letras i) –licencia de apertura o actividades– y j) –inspecciones técnicas de instalaciones– del mismo artículo 20.4.

Estas y otras tasas municipales (diferentes de la propia utilización del dominio público local) son compatibles con la llamada tasa del 1,5%, tal como dispone el último párrafo del artículo 24.2 LHL: “Las tasas reguladas en este párrafo c) son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere esta letra deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23.1.b) de esta Ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.”

El precepto ha propiciado la tesis de que estamos ante una modalidad diferente de tasa –la del 1,5%–, por lo que la exclusión de ella de la telefonía móvil impediría el gravamen por cualquier otra tasa por la utilización del dominio público local. Sin embargo, aunque el tenor literal del precepto (“las tasas reguladas en este párrafo”, “el pago de esta tasa”, “exacción de

otras tasas”) pudiera indicar que se trate de otra tasa, diferente de la derivada en general de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo, no es ese el significado de la norma.

En efecto, la norma, procedente de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, se dictó para hacer frente al problema planteado tanto por la compatibilidad de los entonces precios públicos, cuyo importe resulte de la aplicación de este régimen especial de cuantificación con las tasas por prestación de servicios o realización de actividades (tasa por licencia de obras o urbanística), como con el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO). Ambas cuestiones fueron objeto de serias discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, zanjadas por la doctrina del Tribunal Supremo, que declaró la compatibilidad con el ICIO y la incompatibilidad con la tasa por licencia de obras.⁵

Respecto de las tasas por licencia de obras, la tesis del Tribunal Supremo se funda en que la incompatibilidad resulta de que la determinación de la cuota, en función de los ingresos brutos percibidos por las empresas en cada término municipal, absorbe la correspondiente a las tasas por las licencias de obras concedidas para la apertura de las zanjas necesarias para establecer y conservar los tendidos de cables para el suministro de energía eléctrica, pues dicha licencia de obras significa el presupuesto imprescindible para disfrutar de los aprovechamientos, por los que se satisface a los ayuntamientos una participación proporcional en los ingresos brutos de las aludidas empresas.

Tal criterio jurisprudencial fue el que se corrigió expresamente en el nuevo texto legal procedente de la Ley 25/1998.⁶

5. Fueron las SSTS de 27 de noviembre de 1997, 9 de diciembre de 1997 y 19 de diciembre de 1997, dictadas en interés de la Ley, las que ratificaron el criterio contenido en las anteriores SSTS de 7 de abril de 1996, 28 de junio de 1996 y 29 de junio de 1996, declarando la incompatibilidad de las tasas devengadas por la obtención de licencias de obras y la antigua tasa, y después precio público, por los aprovechamientos del dominio público local satisfecho por las empresas suministradoras, y la plena compatibilidad respecto del ICIO.

6. Según el precepto, las tasas consistentes en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación “son compatibles con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las mencionadas empresas deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23 de esta Ley”, con lo que quedó corregida la doctrina en interés de la Ley sentada reiteradamente por el Alto Tribunal. Así resulta de las justificaciones de las enmiendas, que propusieron se añadiera el inciso: “La modificación propuesta pretende reflejar con claridad, y evitando cualquier tipo de duda, la existencia de una especial tributación de estas empresas para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial, que no impide que deban tributar, cuando de acuerdo con la Ley sean sujetos pasivos de las tasas por prestación de servicios o realización de actividades” (enmienda núm. 67); “La modificación pretende clarificar la existencia de una especial tributación de estas empresas para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial, que no impide que deban tributar, cuando de acuerdo con la Ley sean sujetos pasivos de las tasas por prestación de servicios o realización de actividades” (enmienda núm. 83).

9. Tasas por aprovechamiento del dominio público local: regímenes de cuantificación del artículo 24.1 LHL; titularidad de la red; empresas explotadoras de servicios de interés general; importe de la tasa; empresas que no facturan en el término municipal

Llegamos así al meollo esencial de nuestra problemática, las tasas devengadas por la ocupación del dominio público local del artículo 24 LHL.

Como no puede ser de otra forma, los municipios han exigido siempre tasas (precios públicos entre los años 1988 a 1998) por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (como más conocidas, las de ocupación por terrazas de cafeterías o las de vado). Su cuantificación se realizaba, generalmente, en función del valor de tal magnitud.

Pero cuando resultaba ardua la fijación objetiva del valor de la utilización privativa o de los aprovechamientos especiales, se optó por permitir a los ayuntamientos concertar con las llamadas empresas suministradoras la cantidad a satisfacer.⁷ Este sistema consistía en que el importe de la tasa sería el del valor medio de los aprovechamientos que se fijase en el convenio entre los ayuntamientos y las empresas, sin que pudiera exceder del 1,5% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa dentro del término municipal. Este régimen fue continuado por el artículo 211 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y ampliado a la CTNE, mediante la Ley 15/1987. Finalmente se viene a objetivar el importe de la tasa, al fijarlo en el 1,5% (ya no como máximo) de los ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término municipal.

La LHL procedió a la sustitución del sistema de conciertos voluntarios, entre la empresa y los ayuntamientos, por otro de cuantificación objetiva, que se establecía en el 1,5%, siguiendo la senda iniciada para Telefónica por la Ley 15/87, que fue revisada por la Ley 25/98, de 13 de julio.

Por fin, esta llamada "tasa del 1,5%" fue objeto de una profunda revisión en la reforma de la LHL, por la Ley 51/2002. Previamente, el TSJ de Cataluña siguió

el criterio, confirmado finalmente por el Tribunal Supremo, de que el régimen legal no respondía a una realidad caracterizada por la supresión de los monopolios en el sector de servicios telefónicos, eléctricos etc., que ha comportado que sean varias las empresas que presten sus servicios y ocupen el dominio público, unas veces de forma plena y otras de forma limitada.

El vigente artículo 24.1 de su Texto refundido (aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo de 2004) establece tres reglas diferentes para la fijación del importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local:

1.ª) La primera regla, que es la general, viene contenida en su letra a): "Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada."

2.ª) La segunda regla, notoriamente residual y específica, es la contenida en la letra b): "Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación."

3.ª) La tercera regla hace referencia a la célebre y controvertida denominada "tasa del 1,5%" de las empresas suministradoras, y está contenida en la letra c), cuyo párrafo primero es del siguiente tenor: "Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el 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 o a una parte importante del vecindario, el importe de aquellas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos

Por tanto, lo que hizo la redacción de la Ley 51/2002, que ha pasado al Texto refundido, es limitarse a ratificar la compatibilidad de las tasas cuyo importe resulte de la aplicación de este régimen especial de cuantificación, con la tasa por licencia de obras y cualquier otra por prestación de servicios o realización de actividades, precisando la exclusión (incompatibilidad) con otras tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial en suelo, subsuelo o vuelo cuyo importe resulte de la aplicación del régimen general de cuantificación.

7. Un examen detallado de la evolución histórica al respecto, en GOTA LOSADA, A.: "Tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/2003.

brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.”

Esta tercera regla contiene numerosas precisiones adicionales. Aparte de las relativas al cálculo de los ingresos brutos procedentes de la facturación y de la compatibilidad con otras tasas (esta ya analizada), son las siguientes:

- A estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de estos.
- No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.
- Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes, a través de las cuales se efectúan los suministros, como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas.
- Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros, deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

La actual normativa legal permite sentar las siguientes conclusiones:

1.^a) Las reglas legales expresadas, permiten dar por enteramente superada la anterior controversia relativa al supuesto de que la prestación del servicio la realice un operador que no sea titular de la red.

El texto legal sigue el criterio iniciado por el TSJ de Cataluña, en contra de las opiniones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Locales (consulta de 1 de febrero de 2000), según las cuales se vincu-

laba la exigibilidad de la tasa a que el dominio público municipal se aprovechara mediante instalaciones propias, excluyéndose con ello a los operadores que utilizaran redes ajenas. En suma, el aprovechamiento especial del dominio público tiene lugar siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar una red que, materialmente, ocupe el subsuelo, el suelo y el vuelo de las vías públicas municipales, aprovechamiento que se lleva a cabo aunque no se sea titular de la red.

2.^a) El precepto se refiere a las “empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.”

Esta última afectación debe interpretarse como potencialidad de suministrar a todo el vecindario, con independencia de que se corresponda con el número de abonados que en cada momento concreto tenga la empresa.

La misma conclusión se deriva de la explícita mención legal a los “servicios de suministros que resulten de interés general”, como son los de telecomunicaciones, tal y como dispone el artículo 2 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones: “Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.”⁸ La STS de 16 de julio de 2007 (RJ 2007/4841) sentó al respecto la siguiente doctrina legal: “La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en TRLHL/2004, artículo 24.1.c), en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.”

El pronunciamiento vinculante del Tribunal Supremo hace frente a la tesis⁹ de que la regulación actual

8. Como señala GOTA LOSADA, “La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de las haciendas locales, ha añadido este requisito [interés general], que no es baladí, porque extiende el hecho imponible en la medida que para exigir la tasa por el método de determinación de la base imponible consistente en el 1’50 por 100, ya no es necesario que el servicio prestado afecte a la generalidad o a una parte importante del vecindario, sino que basta que sea de interés general, aunque afecte a pocos vecinos, o lo que es lo mismo se aplica a los operadores de telecomunicaciones, y a otras empresas, desde el momento de iniciar sus actividades. En realidad, este concepto de interés general engloba el requisito tradicional de afectación a la generalidad o a una parte importante del vecindario, pues los servicios de que se trata (suministro de electricidad, gas, etc.) son todos de interés general.”

9. Así lo recoge la STS de 16 de julio de 2007, estimatoria del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Reus contra sentencia, de fecha 9 de febrero de 2006, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona, en el procedimiento abreviado núm. 397/2005, en el que se impugnaba la resolución del teniente de alcalde delegado de recursos generales del Ayuntamiento de Reus, dictada por delegación, de fecha 19 de julio de 2005, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra resolución aprobatoria del acta de inspección núm. 2004/056, levantada a “Telefónica Data España, S.A.” por la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público, ejercicio 2003 e importe de 5.140,83 €.

del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, al introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector, si bien expresa que, con carácter general, las empresas del mismo están sujetas a los tributos que establezca el ordenamiento jurídico, el detalle y contenido de las normas que establece –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– deben tener aplicación preferente respecto de la Ley de haciendas locales, que se invoca por el Ayuntamiento demandado, por las dos cuestiones legales básicas: a) La Ley 32/2003 es Ley especial frente a la LHL, que regula con carácter general la tasa, pero no se refiere expresamente al sector de las telecomunicaciones, al contrario que la primera, y b) Además es Ley posterior que, en caso de subsistir algún conflicto respecto a la anterior, a pesar del principio de especialidad, derogaría aquella en este punto por su igualdad de rango, ex artículo 2 del Código Civil.

El Tribunal Supremo rechaza tal razonamiento, diciendo: “Una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) LHL y la LGTecom., no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la específica función que la primera de dichas leyes tiene, como Ley básica, en el régimen local y singularmente en el régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (cfr. artículo 1 del Texto refundido de la LHL).”

De esta forma, como el párrafo tercero del artículo 24.1.c) LHL solo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (excepción hecha del régimen especial de compensación de Telefónica España, S.A.) queden sometidas a la tasa del 1,5%; y máxime a la luz de las SSTS de 9,10 y 18 de mayo de 2005, en las que se ha entendido que todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios, que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes etc., en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que este afecte a la generalidad o no del vecindario, quedan sometidas a dicha tasa.

3.ª) El importe de la tasa, según el precepto, consistirá “en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5

por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.”

Se añaden las siguientes reglas legales:

- A efectos de lo dispuesto en este párrafo, se entenderá por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por esta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal.

- No se incluirán entre los ingresos brutos, a estos efectos, los impuestos indirectos que gravan los servicios prestados, ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa. Asimismo, no se incluirán entre los ingresos brutos procedentes de la facturación, las cantidades percibidas por aquellos servicios de suministro que vayan a ser utilizados en aquellas instalaciones que se hallen inscritas en la sección 1.ª o 2.ª del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica del Ministerio de Economía, como materia prima necesaria para la generación de energía, susceptible de tributación por este régimen especial.

- Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros, deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

- El importe derivado de la aplicación de este régimen especial, no podrá ser repercutido a los usuarios de los servicios de suministro a que se refiere este párrafo c).

Un interesante problema se ha planteado cuando, con real y efectiva ocupación del subsuelo municipal, no se han producido ingresos en el término municipal. La STSJ de Cataluña núm. 613/2009, de 11 de junio de 2009, ha rechazado el recurso de apelación del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat contra sentencia estimatoria del recurso interpuesto por empresa explotadora de red de fibra óptica de telecomunicaciones.

El Ayuntamiento sostiene que, al resultar un porcentaje de cero, y 0 € de cuota, aun cuando la empresa use y se aproveche de sus instalaciones en el municipio, debe procederse a la cuantificación general de la letra a) del artículo 24.1 LHL. Para la Sala, por el contrario:

- El sistema de cuantificación de la tasa previsto en la letra c) del artículo 24.1 LHL, ha de seguirse, “en todo caso y sin excepción alguna”, cuando concurren los presupuestos previstos en tal letra y no venga expresamente excluido el sistema de cuantificación. A diferencia del texto legal anterior (procedente de la Ley 25/1998, de 13 de julio), en el actualmente vigente (procedente de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre) no solo se mencionan los servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, sino también, con carácter alternativo, los servicios de suministros que “resulten de interés general”, entre los que, indudablemente, se encuentra la red de fibra óptica de telecomunicaciones explotada por la empresa aquí apelada.

- Que la consecuencia de aplicar la cuantificación prevista legalmente (“el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas”) sea cero, por no obtenerse ningún ingreso en el término municipal, no puede implicar alterar aquella cuantificación y aplicar en su lugar la general de la letra a) del mismo artículo 24.1 LHL, cuando concurren indudablemente los presupuestos para aplicar la cuantificación especial, específica y excluyente de la letra c) del precepto. De seguirse la tesis municipal, bastaría eludirla con solo facturar un solo euro en el municipio y pagar 1,5 céntimos de euro, en lugar de los 22.709,97 € a que asciende la liquidación anulada por la sentencia de instancia.

- Por otra parte, de simultanearse los dos regímenes de cuantificación, según los municipios en que se obtuvieran o no ingresos facturados, resultaría una tributación final muy superior a la establecida legalmente, que ha de ceñirse al 1,5% del total de los ingresos brutos facturados.

- Por fin, el párrafo final de la repetida letra c) del artículo 24.1 LHL ha de entenderse en el sentido de que la exclusión ha de mantenerse necesariamente, aunque no llegue a pagarse la tasa por ser cero los ingresos en el municipio o el pago sea meramente simbólico.

- La solución a que se llega es consecuencia del sistema legal, y sus consecuencias, posiblemente inequitativas, resultan de su carácter indiciario o presuntivo, y solo cabe su corrección a través de las correspondientes reformas legislativas, que habrían de establecer una compensación intermunicipal en casos como el enjuiciado, pero que nunca podrán solventarse, como se

pretende, vulnerando el régimen legal y ocasionando la sobreimposición que resultaría de sumar al 1,5% de los ingresos brutos de la facturación de los municipios (en los que la hubiere) la cantidad resultante del régimen general de cuantificación en los municipios en que no hubiere facturación.

10. Tributación de las operadoras de telefonía móvil: sujeción a la tasa; cuantificación en general de la tasa; supuesta vulneración de la legislación, estatal y comunitaria, sobre telecomunicaciones; concreta cuantificación en las ordenanzas

Solo resta por analizar la controvertida cuestión de la tributación por esta tasa del artículo 24.1 LHL de la telefonía móvil.

Ya sabemos que entre las reglas de la letra c) del artículo 24.1 se contiene la que expresamente señala: “No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.” La pretensión de las operadoras de telefonía móvil es que, con ello, nada tienen que tributar por la ocupación del dominio público local.

La exposición de motivos de la citada Ley 51/2002, explicó así la modificación que nos ocupa: “Se extiende de la actual ‘tasa del 1,5 por 100’ (de los ingresos brutos de facturación) a las entidades que emplean redes ajenas para efectuar sus suministros, aclarando, expresamente, que no se incluyen en este régimen los servicios de telefonía móvil.” Por otra parte, la disposición adicional cuarta de la misma Ley 51/2002 modificó el grupo 761 de la sección primera de las tarifas del IAE, dedicando al servicio de telefonía móvil el epígrafe 761.2, con cuota nacional de 632,11 euros por cada 1.000 abonados o fracción, y de 649,16 euros por cada antena. La misma disposición modifica el apartado 3 de la regla 17 de la instrucción del IAE, estableciendo en su letra D) los criterios de distribución de las cuotas correspondientes a los servicios de telefonía móvil.

No cabe excluir que, por alguno de los autores de la tan criticada reforma por la Ley 51/2002, se pensara que la tributación por el IAE del servicio de telefonía móvil comportara la exclusión de la tasa por aprovechamiento del dominio público local. También se ha invocado en algunos litigios: el establecimiento del IAE excluye la tasa controvertida; pero, como se ha reiterado por el TSJ de Cataluña, es de todo punto evidente

que, desde una perspectiva jurídica, no puede haber duplicidad, ni solapamiento alguno, entre el IAE y la tasa en cuestión, dada la absoluta diversidad de hecho imponible.

Las operadoras de telefonía móvil han interpuesto, al respecto, un sinnúmero de recursos contencioso-administrativos contra las ordenanzas fiscales correspondientes, con superabundancia de alegaciones y probanzas. Aquellos de los que conoce el TSJ de Cataluña están siendo desestimados en su integridad, por las siguientes razones, que se exponen sintéticamente:

1.º) En cuanto a la sujeción a la tasa.

No cabe compartir la tesis de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil, signifique 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. No resulta de la Ley una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil. Así lo sostuvo la Sala en su sentencia núm. 777/2005, de 30 de junio de 2005, y ha sido ratificado por la STS de 16 de febrero de 2009, que desestima el recurso de casación núm. 5082/2005 interpuesto contra ella.

Según el Tribunal Supremo, el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa, o aprovechamiento especial, del dominio público local, fijándose el importe de la tasa, en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. De no aplicarse el "régimen especial de cuantificación", y a falta de una exención

objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL.

Añade 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 los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen "especial" respecto del "régimen general" del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario, se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto), que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria, previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.

Según concluye el Tribunal Supremo, la reforma que de la LHL hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley, porque, para la prestación de dichos servicios de telefonía móvil, se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local –tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso–, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local, a través del vuelo, suelo y subsuelo –incluyendo el cableado de telefonía fija–, no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.¹⁰

10. Destaca Acín Ferrer que los informes técnico-económicos ponen de manifiesto el carácter imprescindible del uso de dicho dominio público municipal, como requisito básico para la prestación del servicio de telefonía móvil. En efecto, cuando el usuario de un teléfono móvil, desde cualquier punto geográfico de España, llama a un teléfono fijo instalado en el municipio X, necesariamente, ha de utilizar la telefonía fija instalada en el subsuelo de las vías públicas de X, y lo mismo sucede cuando desde un teléfono fijo se desea establecer comunicación con uno móvil. También en llamada entre teléfonos móviles, la mayor parte de las conexiones y comunicaciones se efectúan utilizando el dominio público local. Como un elemento de prueba de esta afirmación, en el informe económico se citaba un indicador comparativo entre la extensión y cobertura de cables que efectivamente

2.º) Sobre la cuantificación en general de la tasa.

La misma STS de 16 de febrero de 2009 afirma: a) Que la legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo, siempre que se respete el límite contenido en el art. 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado, si los bienes no fuesen de dominio público; b) Que por ese motivo, y ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria; y c) Que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos, pero es indudable que la Ordenanza en cuestión, y el informe técnico elaborado, descansan sobre criterios que, con independencia de que se compartan o no, aparecen explicitados con la suficiente claridad, de modo que no puede considerarse infringido, en ningún caso, el artículo 25 de la LHL.

3.º) Sobre la invocada vulneración de la legislación aplicable al ámbito de las telecomunicaciones (Directiva 2002/20/CE y Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones).

La STS de 16 de julio de 2007 estimó el recurso de casación en interés de la Ley núm. 26/2006, precisamente, por estimar errónea la tesis del Juzgado de entender que la regulación actual del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha venido a introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector, y si bien expresa que, con carácter general, las empresas del mismo están sujetas a los tributos que

establezca el ordenamiento jurídico, el detalle y contenido de las normas que establece –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– deben tener aplicación preferente, respecto de la Ley de haciendas locales, por ser Ley especial y además Ley posterior.

Las disposiciones comunitarias que se invocan van dirigidas a la exclusión de cualquier duplicidad o sobreimposición sobre los servicios de telecomunicaciones, pero no cabe interpretarlas como excluyentes de la satisfacción de la correspondiente exacción, cuando se utilice o aproveche especialmente el dominio público local, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por tal utilización o aprovechamiento, que nada autoriza a entender haya de ser gratuito para las empresas de telefonía móvil. No cabe extrapolar, a esas tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local, la jurisprudencia comunitaria relativa a exacciones en relación a la puesta en funcionamiento del servicio.

La incomodidad que pueda representar la multiplicidad de municipios, nunca puede ser motivo de nulidad de la Ordenanza, ni de disfrute de su dominio público sin contraprestación.

Deben rechazarse las solicitudes de que se planteara cuestión prejudicial ante el TJCE, en orden a la aplicación de dicha Directiva 2002/20/CE, en virtud de la teoría del “acto claro”, incurriéndose en una visible confusión cuando se citan pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo relativos al otorgamiento de licencias o autorizaciones, cuando aquí tratamos de una cuestión por completo diversa, esto es, la utilización especial del dominio público local, y tampoco resulta pertinente cualquier intento de confusión entre la utilización del espacio radioeléctrico y tal utilización del dominio público local, que tampoco tiene que ver con ese espacio, sino que se refiere al suelo, subsuelo y vuelo del mismo, en la forma que, cualquier ciudadano, puede contemplar, cotidianamente, respecto de los cables de telefonía fija, red que utiliza igualmente la telefonía móvil, o esporádicamente, cuando se abren las canalizaciones subterráneas de la misma red.

ocupan el dominio público local y los radioenlaces que no lo ocupan. Así, según datos deducidos de la Memoria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para 2007, los kilómetros de red de transporte por tipo de transmisión fueron:

Cable óptico: 1.759.791
Radioenlace: 229.737
Cable coaxial: 116.087
Otros: 79.162
Total: 2.184.777

El criterio de la Sala no es contrario a la doctrina de las SSTC 58/2004, de 19 de abril de 2004, y 194/2006, de 24 de junio de 2006, pues ninguna de ambas sentencias hace referencia directa al presente caso, sino al inverso (inaplicación de una norma interna sin suscitar la cuestión prejudicial).

4.º) Sobre la concreta cuantificación en las ordenanzas.

Las sentencias del TSJ de Cataluña se extienden en consideraciones sobre la apreciación de los dictámenes periciales practicados en autos, en relación también con los esenciales informes técnico-económicos, antecedentes de las respectivas ordenanzas.

Previamente, la Sala de Cataluña sienta una conclusión general: “El informe técnico-económico subraya que la suma de ingresos que se prevé obtener por la compensación de la Ley 15/1987 más los de aplicar la tasa discutida es inferior al importe que el Ayuntamiento obtendría de haber continuado el régimen de tributación de la telefonía (fija y móvil) a la cuantía prevista en la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Este trasfondo del problema (la sustancial reducción de la facturación por telefonía fija y el paralelo y también sustancial aumento de la facturación por telefonía móvil, continuando siendo el mismo, cuando no mayor, el aprovechamiento especial del dominio público local tanto por la telefonía fija como por la móvil) lejos de suponer una duplicidad tributaria atiende por el contrario a criterios de estricta justicia, incompatibles con el disfrute gratuito del dominio público local por las operadoras de móviles.”

La Sala menciona la completa prueba pericial practicada, las extensas aclaraciones escritas de todos los peritos en contestación a las observaciones de las partes y en su ratificación, y detalladas explicaciones ante la Sala en la dilatada sesión de 4 de diciembre de 2008, incorporada con la grabación en formato CD-Rom.

Tras resumir los criterios de los distintos peritos, la Sala asume el contenido de los dos informes técnicos aportados por la Corporación demandada, que concluyen sin reserva alguna, en idéntico sentido, que para la prestación del servicio de telefonía móvil resulta imprescindible la utilización de las redes fijas de telefonía, en condiciones y requisitos de calidad que debe marcar la operadora de dicho servicio, con el consiguiente aprovechamiento del dominio público local, sin compartir la tesis de que las empresas de telefonía móvil se limiten a ser meras usuarias de las redes fijas sin obtener beneficio alguno de ello, por ser la interconexión una obligación legal.

Antes al contrario, como señala la citada STS de 16 de febrero de 2009: “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.”

El uso del dominio público local es imprescindible en la telefonía móvil, y su cuantificación ha de basarse en el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de tal uso. La misma STS concluye:

–No cabe argüir que no se toma en consideración para el cálculo del importe de la tasa la intensidad de uso, máxime si tenemos en cuenta que el tiempo de duración del aprovechamiento, así como el coeficiente aplicable a cada operador, según su cuota de mercado en el municipio, son parámetros que están midiendo de forma exacta y precisa la intensidad de uso.

–No puede admitirse que, al fijar la cuantía de la tasa, deba valorarse la utilidad derivada, para cada contribuyente en concreto, de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local que dicho contribuyente haga en particular, pues la Ordenanza es necesariamente una disposición general y abstracta que no puede contener una regulación *intuitu personae*, sino que se limita a valorar tal utilidad en términos generales para las empresas que prestan las distintas clases de servicios de suministro. Otra cosa bien distinta es que se aprecie la intensidad en el aprovechamiento, para que la cuantía de la tasa sea distinta según los contribuyentes, pero esto también lo hace la Ordenanza, que, para conseguir que la cuantía de la tasa guarde alguna relación con la intensidad del aprovechamiento, introduce algunos factores de corrección, como el número de usuarios a los que se presta el servicio en el municipio, que, obviamente, algo tendrá que ver con la intensidad en el uso de las redes tendidas en el dominio público local.

–No se puede aceptar que se reclame una diferenciación según la intensidad en el uso del demanio, y luego se impugne el criterio que se emplea –el del número de usuarios–, que tiene relación, necesariamente, con la

intensidad en el uso de las redes. Menos todavía cuando se afirma que no es técnicamente posible determinar el número de usuarios a los que presta el servicio en el término municipal, cuando debería bastar al efecto, por ejemplo, con localizar –lo que indiscutiblemente es posible– a los clientes de la empresa de telefonía móvil que tienen su domicilio en dicho término municipal.

–Los parámetros indicados no pueden ser considerados, de ninguna manera, como una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5% (en el caso enjuiciado, el 1,4%) de los ingresos brutos, tal y como establece el artículo 24.1.c) de la Ley reguladora de las haciendas locales, máxime cuando el suministro de telefonía móvil está expresamente excluido, sino que es un prudente criterio que nos permite el cálculo del importe final de la tasa, respetando los principios de proporcionalidad, equidad en la distribución de la carga tributaria e igualdad tributaria.

11. Anulación de ordenanzas por cuantificaciones erróneas

Cuanto acaba de indicarse, no ha de significar necesariamente la conformidad a derecho de cualquier Ordenanza fiscal municipal, que grave la utilización del dominio público local, por las empresas operadoras de telefonía móvil.

El pronunciamiento de la tan citada STS de 16 de febrero de 2009 ha zanjado las cuestiones generales sobre tal gravamen. Pero, precisamente, la solución a la que se acude de aplicar el criterio general de cuantificación de la tasa, exige unos precisos requisitos para la elaboración de las ordenanzas, en particular en la redacción del informe técnico-económico a que se refiere el artículo 25 LHL.

En cuantas sentencias ha dictado la Sala de Cataluña, hasta el momento, se han estimado correctos los informes técnico-económicos correspondientes, respaldados por la prueba pericial propuesta por los municipios afectados y no desvirtuada por las operadoras recurrentes.¹¹ Se ha destacado a tal efecto que: “El aludido informe del ingeniero de Telecomunicación,

acompañado por la contestación municipal, señala (página 4) que debido a la complejidad del cálculo por la propia movilidad de los usuarios y debido también al intercambio de tráfico entre operadores se hace necesario establecer un criterio que sea coherente y fácil de aplicar a cualquier municipio, debiéndose partir de datos aceptados por todos y que sean de dominio público, siendo la fuente más correcta e indiscutible en el propio sector el regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Tras analizar el informe los diferentes parámetros utilizados (ingresos promedio por cliente de telefonía móvil y número de habitantes, con las correspondientes correcciones), se concluye que la aplicación de la tasa en función de ellos es coherente y correcto.”

También la STSJ de La Rioja núm. 79/2009, de 12 de marzo de 2009 (recurso núm. 181/2008) ha desestimado la impugnación de la Ordenanza del Ayuntamiento de Logroño, sosteniendo que el informe técnico-económico justifica la necesidad de que la telefonía móvil disfrute de la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público municipal, valor catastral de suelo de naturaleza urbana del municipio, junto con llamadas a teléfonos fijos instalados en el municipio y llamadas a teléfonos móviles, y estimación de los ingresos que realmente se prevé obtener. Con ello, el citado informe cumple con las previsiones de la normativa y jurisprudencia, en la medida en que su contenido justifica las utilidades derivadas de la prestación de los servicios, en relación con los valores de mercado tomados como referencia y, en definitiva, el principio de equivalencia de costes que establece el artículo 24 de la LHL como principio rector y viene exigiendo la doctrina jurisprudencial.

Por el contrario, sentencias de otros tribunales superiores de justicia han anulado las ordenanzas por incorrecciones de tales informes. Así, la ya citada STSJ, Sección 4.ª, de Madrid núm. 1303/2009, de 19 de junio de 2009 (recurso núm. 993/2007), anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Valdemoro.

En esencia, se estima no ajustado a derecho dicho informe, que llega a las cifras de la tasa a partir de los clientes de la operadora, en el municipio autor de aquella,

11. Como se indica en la STS de 19 de febrero de 2009, uno de los motivos de la desestimación del recurso ha sido la ausencia de prueba pericial por parte del operador recurrente. Podría suceder, por tanto, que en otros procedimientos ante la misma Sala del Tribunal Supremo relativos a la impugnación de tasas municipales sobre telefonía móvil, otro operador presentara un informe pericial que rebatiera la metodología económico-técnica de cuantificación de la tasa o bien la proporcionalidad de la misma.

con su ponderación en todo el territorio nacional, y aplicando el 1,5% de ingresos en la localidad. Por ello, la Sala de Madrid concluye que “todo hace pensar que se trata de aplicar la regla prohibida del artículo 24 1c) de la Ley de haciendas locales cambiando la base sobre la que opera dicha regla. En definitiva lo que se hace es promover un sistema objetivo para cuantificar la tasa, como ocurre con el supuesto del régimen especial del apartado c) del 24.1, en vez de utilizar un sistema que opere con la referencia del valor del mercado del aprovechamiento del dominio público y para intentar cubrir la apariencia de estar en el supuesto c) del precepto, se acude a unas cifras sin justificación alguna y luego se dice que en ningún caso se alcanzan estas.”

Ha de coincidir con tal conclusión de la Sala de Madrid: De esta forma se vulneran por completo las previsiones legales, pues el informe no contiene el más mínimo estudio sobre valores de mercado, el valor estimado es por completo arbitrario, pues no encuentra justificación alguna, y, al final, se opta por una situación prácticamente igual, con una ligera ponderación, a la expresamente prohibida por la norma. En definitiva, se ha huido expresamente de actuar conforme exige el apartado a) del precepto, y se ha optado por la solución del apartado c) a efectos de su facilidad de estimación.

En análogo sentido se ha pronunciado el TSJ de Extremadura. Así, la sentencia núm. 437/2009, de 28 de mayo de 2009 (recurso núm. 440/2008), anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Montemolín (Badajoz). Como en las salas de Cataluña y Madrid, se rechazan todos los motivos de impugnación generales, pero se anula la Ordenanza por ser contrario a derecho el sistema de determinación de la cuota, conforme al respectivo estudio técnico-económico, en el que no se indicaba particularidad alguna sobre las condiciones de mercado y usuarios en el municipio.

Bibliografía consultada

ACÍN FERRER, A.: “Hacienda local. Tributación de telefonía móvil”, *Administración Práctica*, Noticias Bayer, 2009.

CREMADES GARCÍA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J (dir.): *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*, La Ley, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (coord.): *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, 2005.

GOTA LOSADA, A.: “Tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

LÓPEZ LEÓN, J.: “El funcionamiento de los mercados de electricidad, gas y telecomunicaciones y sus implicaciones en la liquidación definitiva de la tasa del 1,5%”, *Tributos locales*, núm. 89, 2009.

MARTÍN RAMÍREZ, M. P.: “La tributación municipal de los operadores de telecomunicaciones”, *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 2002.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L.: “Reflexiones sobre la problemática de la tributación local en un marco de servicios liberalizados, en especial las acciones emprendidas en defensa de la hacienda municipal por el consorcio Localret”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, octubre de 2002.

MUÑOZ MERINO, A.: “Liberalización económica y servicios de suministros. Las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local”, *Tributos Locales*, núm. 16, 2002.

PAREJO ALFONSO, L.: “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA: “La liberación de las telecomunicaciones: elementos esenciales y nuevo marco regulatorio comunitario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

SIBINA TOMÁS, D.: “La ocupación del dominio público municipal por las redes de servicios: reflexiones al hito de la regulación, en tres ordenanzas municipales, de infraestructuras comunes para todas las conducciones técnicamente compatibles”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, febrero de 2003.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: “Del monopolio a la libre competencia. La tributación local de los operadores de telecomunicaciones”, Conferencia impartida en Barcelona el día 17 de enero de 2001, en el marco de la Jornada sobre la tributación local de los operadores de telecomunicaciones.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información. Un estudio de Derecho Administrativo económico*, Consejo de Estado-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA: *La intervención de los municipios en las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, especialmente Capítulo VII: “Las tasas en

materia de telecomunicaciones. Referencia especial a la tasa por ocupación del dominio público local”.

TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA: “Las tasas en materia de telecomunicaciones: especial referencia a la tasa por ocupación del dominio público local”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1-2006, enero de 2006.

TURU SANTIGOSA, I.: “La tributación local de los servicios liberalizados”, IX Jornadas sobre gestión financiera de las corporaciones locales, Fuerteventura, junio de 2002.

VILLAR URÍBARRI, J. M., “La tributación que grava la ocupación del dominio público por las empresas de telecomunicaciones”, en VILLAR URÍBARRI, J. M., (dir.), *La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, Aranzadi, 2003, Navarra.

ZORZONA PÉREZ, J.: “Régimen tributario de las telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003. ■