



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# EL PROBLEMA DE LAS TASAS LOCALES DEMANIALES A LA TELEFONÍA MÓVIL DESDE EL ANÁLISIS JURÍDICO-COMUNITARIO

MARTA VILLAR EZCURRA

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad San Pablo-CEU

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. EL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE REFERENCIA. 3. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO COMO LÍMITE A LA POTESTAD TRIBUTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 4. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS AL TJUE. *a. La transcendencia de la titularidad de la red. b. Los requisitos de no discriminación, objetividad y proporcionalidad. c. La garantía del uso óptimo de los recursos concernidos. d. El reconocimiento de efecto directo del artículo 13 de la Directiva autorización.* 5. BREVE APUNTE SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES DEL TJUE. 6. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El trabajo realiza un análisis jurídico de las tasas municipales por utilización o aprovechamiento especial del dominio público, exigidas a los operadores de telefonía móvil, para determinar su conformidad o no con el Derecho comunitario europeo (art. 13 de la Directiva 2002/20, de autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas) y plantear cuestiones internas de legalidad. Se llega a la conclusión de que la defectuosa configuración técnica de las tasas presenta problemas internos y comunitarios de legalidad, especialmente en lo que se refiere a la fijación de la cuantía y a la falta de consideración a los complejos procesos técnicos de funcionamiento del sector de la telefonía móvil, del uso compartido de redes y de la interconexión entre operadores móviles y fijos y su relación con el uso que se realiza del dominio público local

**ABSTRACT:** This article provides a legal analysis of municipal taxes in Spain for the use or special use of public domain, required to mobile phone's operators, by reviewing its conformity at European Community Law level (article 13 of Directive 2002/20, regarding the authorization of networks and electronic communications) and raise also some internal questions of legality. It concludes that there are some legal problems in both level (national and EU) due to the faulty technical configuration, especially in order to establish the amount of the tax and the lack of consideration to complex technical processes of the telephone market, the interconnection between fixed and mobile operators and their relation to the use made of the local public property.

**PALABRAS CLAVE:** TASAS MUNICIPALES, TELEFONIA MOVIL, DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

**KEYWORDS:** LOCAL TAXES, MOBILE TELEPHONY, EUROPEAN COMMUNITY LAW

Fecha recepción original: 25 de abril de 2012

Fecha aceptación: 8 de mayo de 2012

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Cada vez son más los litigios ante los tribunales españoles por la no conformidad a Derecho de las tasas exigidas por las entidades locales a los operadores de telefonía móvil por ocupación del dominio público<sup>1</sup>. Se cuestionan más de 1.390 ordenanzas, que son las que directamente establecen las tasas que gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por parte de las empresas de telefonía móvil<sup>2</sup>.

Pero no se trata sólo de comentar un nuevo caso de desbordamiento de asuntos ante los tribunales, del número de las normas afectadas por una eventual declaración de nulidad por ilegalidad o de llamar la atención sobre la repercusión de la falta de seguridad jurídica para los operadores económicos, o sobre el elevado coste que supone para las empresas de telecomunicaciones hacer frente al importe de éstas y otras tantas tasas e impuestos que les afectan<sup>3</sup>. La complejidad de la problemática que aquí se plantea convierte este tema en uno de los más interesantes que la actualidad jurídica ofrece. Resultan cuestionados ante los tribunales aspectos muy diversos, desde el más elemental de su legalidad hasta la licitud de someter a estos operadores al régimen general<sup>4</sup> o de gravarlos por el uso de redes ajenas<sup>5</sup>.

1. Vid. sobre la litigiosidad de este tipo de tasas en general, MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio, *La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la Doctrina de los Tribunales de Justicia*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011. Los litigios judiciales en todo el territorio español son cerca de 8.000, según el dato publicado en el diario expansión de 12 de abril de 2012, página 4.
2. En el auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215), se puede leer que son en torno a las 1.393 las ordenanzas municipales que en los últimos años han sido aprobadas por ayuntamientos españoles con el objeto de gravar a los operadores de telefonía móvil por la ocupación que pudieran realizar del dominio público local o por el hecho de recibir servicios de interconexión de otros operadores que realizan esa ocupación.
3. Constituye un interesante estudio general el *Informe sobre Fiscalidad del Sector de las Telecomunicaciones*, emitido por el Grupo de Políticas Públicas y Regulación, del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, septiembre 2011.
4. La discrepancia gira entre otras cosas «en torno a si los servicios de telefonía móvil están o no sujetos a alguna de las modalidades de la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local y, en su caso con qué criterios de cuantificación, ya que las entidades locales que defienden la aplicación de la tasa tienden, en general, a reproducir el modelo de cuantificación al 1,5% de los ingresos brutos de las empresas, del que están expresamente excluidos los servicios de telefonía móvil». Vid. en el trabajo de Miguel CRUZ AMORÓS algunos argumentos en contra de la sujeción a la tasa de los servicios de telefonía móvil en: «La aplicación de la tasa municipal por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público a la telefonía móvil» en *Estudios Jurídicos en Memoria de Don César Albiñana García-Quintana*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, página 3423 y ss.
5. Los operadores de telefonía móvil, en muchos casos, no hacen uso directo del dominio

Se suscitan también dudas interpretativas y técnicas de interés, tales como la relevancia tributaria del funcionamiento de la interconexión entre operadores fijos y móviles o del tipo de tecnología empleada para conectar los elementos de red, de la ubicación de dichos elementos, la disponibilidad y capacidad de medios empleados o el plan de despliegue del operador, variables de las que depende el uso real del dominio público local por parte de los operadores.

No obstante lo anterior, debe decirse que ha sido mayoritariamente la cuestión de la determinación de la cuantía de las tasas la que más polémica ha presentado, pues los parámetros utilizados para calcular la cuota parecen no ajustarse a las exigencias propias de determinación de lo que sea el valor de mercado y plantean problemas de legalidad.

Los pronunciamientos jurisdiccionales tanto en contra como a favor de la legalidad de las tasas son ya muy numerosos<sup>6</sup>, aunque el Tribunal Supremo no ha sentado aún jurisprudencia al respecto<sup>7</sup> por lo que la polémica sigue abierta. Si bien es cierto que en su Sentencia de 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1800) confirma la legalidad de la Ordenanza del Ayuntamiento de Badalona en lo que a la regulación de la tasa se refiere, en la medida en que entiende que *«la parte recurrente no ha sabido asumir la carga de probar que la memoria económica remitida al expediente por la Administración municipal no contenía las especificaciones exigidas»*, pone de manifiesto que existe cierta imprecisión en la determinación de la concreta realización por parte de los operadores de telefonía móvil del hecho imponible —concreción necesaria para la sujeción a la tasa y para su correcta cuantificación— dejando entrever que sería posible llegar a la solución contraria si se diera la circunstancia de que cambiaran las pruebas aportadas por las partes, en concreto, si se pudiera demostrar que las empresas de telefonía móvil no utilizan o aprovechan el dominio público municipal o que el valor de dicho aprovechamiento no parece justificado<sup>8</sup>.

En efecto, uno de los motivos de la desestimación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo es la ausencia de prueba pericial por parte del operador recurrente, de manera que podría ocurrir que se planteara en otro asunto una pericia, rebatiendo la metodología de la memoria económico-financiera de cuantificación de la tasa o la proporcionalidad de la misma, que diera lugar a un segundo y distinto pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El criterio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitido

---

público local sino que se grava el uso de las redes fijas interconectadas con las redes móviles para el encaminamiento de llamadas fijo-móvil. Vid. Informe citado *supra*, página 22.

6. Vid. la relación citada y su valoración en CHICO DE LA CAMARA, Pablo, «Luces y sombras en la tasa municipal de telefonía móvil», *Actualidad Jurídica Aranzadi* número 807/2010.
7. En el sentido del artículo 1.6 del Código Civil.
8. Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1800) que a las empresas de telefonía móvil les *«correspondería aportar la prueba de que no utilizan o aprovechan el dominio público municipal o que el informe económico unido al expediente no cumple los requisitos legalmente establecidos»*.

el 7 de septiembre de 2010, en Resolución a una consulta formulada por France Telecom España, S.A. y Vodafone España S.A.<sup>9</sup>, una vez analizada la metodología seguida por los dos modelos de ordenanzas propuestos por una Circular de la Federación Española de Municipios y Provincias (FMMP), de 22 de septiembre de 2006, es el de entender que las ordenanzas municipales «*adolecen de errores en la determinación de los parámetros a tomar en cuenta para el cálculo de la base imponible o del valor de mercado de la utilidad, como es la doble contabilización de los ingresos por llamadas de móviles a fijos (modelo de Ordenanza tipo 1) o la sujeción de ingresos no imputables directamente a la prestación de servicios de telefonía móvil (modelo de Ordenanza tipo 2), lo cual hace necesaria su revisión*»<sup>10</sup>.

Entre los asuntos pendientes de determinar o de aclarar que la Resolución citada enumera, se encuentran la efectiva sujeción de los operadores móviles a las tasas como consecuencia de la utilización de redes ajenas<sup>11</sup>; los criterios y parámetros utilizados para la fijación de la tasa (en qué medida los operadores hacen un uso intensivo de las infraestructuras fijas y qué magnitudes deben utilizarse para calcular el verdadero valor de mercado de la utilidad derivada por el uso del dominio local) y la compatibilidad de la aplicación de la tasa con el ordenamiento comunitario de las telecomunicaciones, dado el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Dichas indeterminaciones –se afirma– motivan a los operadores móviles a seguir cuestionando, en general, la legalidad de las citadas ordenanzas y, en particular, los criterios utilizados por los Ayuntamientos para determinar el cálculo de la tasa a pagar<sup>12</sup>.

Pero, de todas las cuestiones polémicas que las tasas locales plantean, hay

9. Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S.A. sobre determinados aspectos relacionados con la tasas por utilización o aprovechamiento especial del dominio público local que pagan los operadores móviles (MTZ 2009/1901).
10. Página 25 de la Resolución.
11. Puede darse el supuesto de que en un gran número de municipios, los operadores móviles, dado su plan de despliegue, no dispongan de ningún elemento de red, ya sea propio o ajeno, que ocupe el dominio público local. En estos casos, el operador móvil al no realizar el hecho imponible objeto de la tasa por utilización o aprovechamiento del dominio público local, no tendría la condición de sujeto pasivo de la citada tasa, por lo que no procedería su exacción.
12. El Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación ha propuesto, entre otras medidas, la racionalización de la tasa por ocupación del dominio público local y en particular: modificar la LRHL al objeto de clarificar las obligaciones de los operadores de telefonía móvil en cuanto a la tasa por ocupación de dominio público local, fijando en la ley con precisión la base liquidable y la cuota tributaria; centralizar la recaudación de esta tasa para todos los operadores de telecomunicaciones (fija y/o móvil), fijar los criterios para su distribución a las entidades locales siguiendo el modelo ya establecido para el IAE por el concepto de antenas de telefonía móvil y establecer legalmente la posibilidad de que los operadores de telecomunicaciones puedan voluntariamente acogerse al régimen especial de tributación establecido para Telefónica en la Ley 15/1987, estableciendo asimismo un régimen de gestión centralizada de este régimen de tributación. Cfr. *Informe sobre la Fiscalidad del Sector de las Telecomunicaciones*, cit., página 27.

una que sin duda será absolutamente determinante de la necesidad de revisar la actual regulación jurídica, y es la compatibilidad de la normativa interna con el ordenamiento jurídico comunitario<sup>13</sup>, en la medida en que se trata de un Derecho que prima sobre los nacionales. No siendo precisamente ésta una cuestión clara<sup>14</sup>, la exégesis última del precepto de la Directiva comunitaria aplicable a esta casuística corresponde al TJUE, conforme al reparto de competencias jurisdiccionales diseñado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 267 TFUE).

Este trabajo se centra, precisamente, en el análisis jurídico de las tasas municipales por utilización o aprovechamiento especial del dominio público, para determinar su conformidad o no con el Derecho comunitario europeo, en un momento en el que pende ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la resolución de las tres cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por parte del Tribunal Supremo, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mediante sendas resoluciones de 28 de octubre de 2010, recibidas en el TJUE el 7 de febrero de 2011. Sin perjuicio de que éste será el hilo conductor del trabajo, se abordarán también cuestiones conexas a los problemas internos de legalidad, pues la defectuosa configuración técnica de las tasas plantea problemas internos a la vez que comunitarios en el juicio del control de su legalidad, especialmente en lo que se refiere a la fijación de la cuantía y a la falta de consideración a los complejos procesos técnicos de funcionamiento de la interconexión entre operadores móviles y fijos y su relación con el uso que se realiza del dominio público local.

El objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas es la interpretación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas<sup>15</sup> (identificada como «Directiva autorización»), en el marco de tres litigios entre, por una parte, Vodafone España, S.A. y los Ayuntamientos de Santa Amalia y de Tudela, y, por otra parte, France Telecom España, S.A. y el Ayuntamiento de Torremayor.

De acuerdo con el Informe para la vista, en la resolución de remisión, el Tribunal Supremo, analizando en primer lugar los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, plantea una duda en cuanto a la potestad de los Estados miembros de imponer un canon por los derechos de instalación de recursos no sólo al operador titular de la red de telecomunicaciones electrónicas, sino tam-

13. Vid. sobre estas cuestiones en general, el trabajo de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, «Derechos y tasas en los ordenamientos comunitario y español», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, página 2219.

14. Y no pudiéndose en consecuencia aplicarse la doctrina *CILFIT* (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, apartado 16) sobre el «acto claro» que permitiría a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar directamente el Derecho comunitario para enjuiciar los casos planteados, por la propia evidencia de una sola solución hermenéutica de la norma en cuestión, que se impondría a todos los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros.

15. DOUE L 108, página 21.

bién a los operadores que simplemente reciben servicios de interconexión y que, en consecuencia, tienen acceso a la red y la usan<sup>16</sup>. En segundo lugar, se pregunta si el modo en que las ordenanzas recurridas imponen los cánones satisface los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Directiva de autorización, en la medida en que se supeditan a una triple condición: 1ª) los Estados miembros deben tomar en consideración la necesidad de garantizar el uso óptimo de las frecuencias, la numeración o los recursos que se instalan en una propiedad pública o privada, 2ª) los cánones no deben ser discriminatorios, deben ser transparentes y proporcionados y estar justificados objetivamente y 3ª) los Estados miembros deben garantizar la conformidad de los cánones con los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco. Por último, y en tercer lugar, se pregunta si el artículo 13 de la Directiva de autorización tiene efecto directo.

## 2. EL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE REFERENCIA

Hecha esta introducción general sobre la importancia y actualidad del tema considerado, procede describir –al menos brevemente– las tasas y el marco normativo nacional de referencia, que aparece constituido por la Ley reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), la Ley General Tributaria (LGT), la Ley de Tasas y Precios Públicos (LTPP) y las ordenanzas municipales pues la Ley General de Telecomunicaciones regula otras tasas distintas. Así, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de transposición al ordenamiento español de las Directivas comunitarias de 2002 en materia de telecomunicaciones, prevé otros diferentes tributos y en particular, en su artículo 49, establece la sujeción de los operadores y los titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico o de recursos de numeración, al pago de las tasas «establecidas en el ordenamiento jurídico», regulando la finalidad de dichas tasas y estableciendo la exigencia de que sean impuestas de manera objetiva, transparente y proporcional<sup>17</sup>, de forma que se minimicen los costes administrativos adicionales y las cargas que se derivan de ellos (apartado 4º).

Se trata en este caso de tres tasas distintas de las municipales por utilización del dominio público local: la tasa general de operadores<sup>18</sup>, la de numeración telefónica<sup>19</sup> y la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico<sup>20</sup>.

16. Apartado 17 del Informe para la vista.

17. Como veremos, tales requisitos son impuestos por las propias Directivas comunitarias.

18. La tasa anual no podrá exceder el dos por mil de sus ingresos brutos de explotación y está destinada a sufragar los gastos que se generen, incluidos los de gestión control y ejecución por la aplicación del régimen jurídico establecido en la Ley, por las autoridades nacionales de reglamentación.

19. Su hecho imponible es la asignación por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de bloques de numeración o de números a favor de una o varias personas o entidades.

20. Según la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la reserva para uso privativo de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas o entidades se gravará con una tasa anual y para la fijación del importe se tendrá en cuenta el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario. Esta tasa se vincula a su uso óptimo, teniendo en cuenta su valor y escasez. El artículo 49.2 exige que sea

### *Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL)*

La LRHL es la que regula los elementos esenciales de las tasas estudiadas, delimitando los mismos en los artículos 20 a 26 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido. Las tasas se exigen por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, en particular del subsuelo, del suelo y del vuelo de las vías públicas municipales, en los términos siguientes:

#### *«Artículo 20. Hecho imponible:*

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

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

(...)

3. Conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes:

(...)

e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local.

f) Apertura de zanjas, calicatas y calas en terrenos de uso público local, inclusive carreteras, caminos y demás vías públicas locales, para la instalación y reparación de cañerías, conducciones y otras instalaciones, así como cualquier remoción de pavimento o aceras en la vía pública.

j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada.

k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos.

(...)

#### *Artículo 23. Sujetos pasivos*

1. Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas

---

no discriminatoria, transparente, justificada objetivamente y proporcionada al fin que la justifica.



físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

a) Que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.3 de esta Ley».

De otro lado, en el artículo 24.1 se establecen dos sistemas para fijar la cuota tributaria, el general (apartado a) y el especial (apartado c) y se señala de forma expresa que los operadores de telefonía móvil no están sujetos a la tasa especial del 1,5% prevista en el artículo 24.1.c), todo ello en los términos siguientes:

#### Artículo 24. Cuota tributaria

1. El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

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.

(...)

c) 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 aquéllas 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.

A estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de éstos.

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 éstas.

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 ésta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal.

No se incluirán entre los ingresos brutos, a estos efectos, los impuestos indirectos

tos que graven 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 1ª ó 2ª 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).

(...)

3. La cuota tributaria consistirá, según disponga la correspondiente ordenanza fiscal, en:

- a) La cantidad resultante de aplicar una tarifa,
- b) Una cantidad fija señalada al efecto, o
- c) La cantidad resultante de la aplicación conjunta de ambos procedimientos.

4. Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas.

5. Cuando la utilización privativa o el aprovechamiento especial lleve aparejada la destrucción o deterioro del dominio público local, el beneficiario, sin perjuicio del pago de la tasa a que hubiera lugar, estará obligado al reintegro del coste total de los respectivos gastos de reconstrucción o reparación y al depósito previo de su importe.

Si los daños fueran irreparables, la entidad será indemnizada en cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el importe del deterioro de los dañados.

Las entidades locales no podrán condonar total ni parcialmente las indemnizaciones y reintegros a que se refiere el presente apartado».

Otro precepto de interés es el referido al informe técnico-económico:

«Artículo 25. Acuerdos de establecimiento de tasas: informe técnico-económico

Los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en

los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente».

#### *La ley General Tributaria (LGT)*

La Ley 58/2003, General Tributaria, define las tasas en el artículo 2.2.a) dedicado al concepto, fines y clases de tributos, de la manera que sigue: «tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado».

#### *La Ley de Tasas y Precios públicos (LTPP)*

Con carácter general, la Ley 8/1989, de 13 de abril, que regula el régimen jurídico de las tasas y precios públicos, establece en su artículo 19 dedicado a los elementos cuantitativos de las tasas que «el importe de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquella».

#### *Las ordenanzas municipales*

Hay una multiplicidad de ordenanzas municipales que regulan las tasas que estamos estudiando, sin perjuicio de lo cual, la Federación Española de Municipios y Provincias dictó una Circular dirigida a los entes locales al objeto de uniformar su regulación bajo dos modelos de ordenanza tipo, que responden a dos métodos alternativos para la cuantificación de la tasa.

El primer modelo trataría de medir el valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público, sirviéndose del volumen de ingresos facturados por las operadoras por las llamadas efectuadas y recibidas en el municipio y aplicando a dicho importe un tipo del 1,5%. Conforme al segundo modelo de ordenanza, se parte del ingreso medio de operaciones por cliente obtenido por las operadoras de móviles a nivel nacional, que se multiplica por el número de clientes domiciliados en el municipio, obteniendo así el ingreso por cliente, sobre el que se aplica idéntico tipo de gravamen que en el caso anterior, es decir, el 1,5%.

Tanto las ordenanzas adaptadas a los modelos propuestos por la Federación Española de Municipios y Provincias como otras que no respondían a los mismos, se han visto sujetas a gran número de recursos contencioso-administrativos, habiendo pronunciamientos divergentes en lo que a la legalidad de las mismas se refiere.

En general, los Tribunales Superiores de Justicia han centrado su análisis en las cuestiones de Derecho nacional, considerando que el Derecho comunitario no requería especial atención, al amparo de la doctrina del «acto claro» o que, a lo sumo, reforzaba las conclusiones alcanzadas desde la perspectiva de

nuestro ordenamiento. Es cierto que muchos de los temas que se suscitan para contrastar lo regulado en las ordenanzas municipales con el Derecho comunitario, se plantean también para enjuiciar su sometimiento a los principios de legalidad y reserva de ley.

Cuestiones básicas en ambos enfoques de la legalidad de las ordenanzas municipales, son la sujeción a la tasa de los operadores que no cuentan con recursos en propiedades de dominio público local sino que se sirven de las redes de terceros, la forma de calcular la tasa en función de la cuantía de los servicios prestados en el municipio y sus criterios estimativos, así como la diferente intensidad de uso de los bienes demaniales en función de la configuración de la red de cada operador o la duplicidad de gravamen que se produce como consecuencia de la intervención en la prestación del servicio de redes de telefonía fija cuyas retribuciones también se someten a la tasa municipal correspondiente.

Respecto de la posibilidad de someter a tributación a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil a los usuarios en un determinado municipio, sin contar con instalaciones propias en el dominio público local, la posición mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1800), se decanta por considerar que la realización del hecho imponible de la tasa no está vinculada exclusivamente a la titularidad de las redes o instalaciones en el dominio público local sino que es suficiente que haya un aprovechamiento especial del mismo, sirviéndose de las redes e instalaciones de terceros, a cuyo efecto se concede especial importancia a la utilización generalizada de las redes de telefonía fija para la prestación del servicio de telefonía móvil en determinados tramos de la comunicación. Se pueden citar entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de enero de 2011 (JT 2011, 93), del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de diciembre de 2010 (JT 2011, 74), del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 de octubre de 2010 (JT 2011, 126), del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 30 de julio de 2010 (JT 2010, 1415), del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 29 de octubre de 2010 (JUR 2011, 42630), o del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de mayo de 2011 (JUR 2011, 333381)<sup>21</sup>.

En todas las Sentencias citadas también se declara la nulidad de las ordenanzas municipales impugnadas, por entender que el cálculo de la utilidad o valor de mercado de los bienes de dominio público utilizados para la prestación de servicios de telefonía móvil no se corresponde con las estimaciones del valor de los servicios prestados por los operadores a su clientes radicados en el muni-

21. Cfr. STSJ de Castilla y León (Burgos), sección 2ª, de 28 de enero de 2011 (Rec. 110/2009); STSJ de Galicia, sección 4ª, de 2 de diciembre de 2010 (Rec. 16322/2009); STSJ de Valencia, sección 3ª, de 22 de octubre de 2010 (Rec.1396/2008); TSJ de Canarias, Las Palmas, sección 1ª, de 30 de julio de 2010 (Rec. 174/2009); STSJ de Asturias, sección 1ª, de 29 de octubre de 2010 (Rec. 631/08) o STSJ de Andalucía, sección 2ª, de 25 de mayo de 2011 (Rec. 395/2009).

cipio, ni los informes técnico-económicos elaborados para la justificación de la tasa ponen, adecuadamente, en relación los usos de mayor o menor intensidad del dominio público con la cuantía de la tasa que se contempla en las normas municipales correspondientes.

Es cierto que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 llegó a confirmarse una ordenanza municipal elaborada con dichos parámetros, pero la trascendencia atribuida a la misma, tal vez, sea excesiva si se tiene en cuenta no solo la crítica que la sentencia hace a la falta de prueba por parte de la actora, sino también, las limitaciones que el debate casacional impone a su contenido. Asimismo, conviene no olvidar que el Tribunal Supremo advierte en su Sentencia que el informe económico que sustenta la ordenanza olvida identificar los distintos tipos de ocupación o aprovechamiento especial del dominio público realizados por los distintos operadores y los diferentes parámetros para cuantificar el valor de su utilidad.

De otro lado, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia citadas también han abordado y confirmado la conformidad con el Derecho comunitario de las distintas ordenanzas, bien por su sometimiento a éste, bien por entender que la regulación municipal de las tasas no quedaba concernida —más que en una medida menor y no conflictiva— por el Derecho comunitario.

En todo caso, la mera existencia de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo pone de manifiesto que, tanto la relevancia de los aspectos potencialmente afectados por el Derecho comunitario como la necesidad de aclarar su alcance son realmente significativos, si bien es cierto que algunas de las cuestiones resueltas bajo el prisma del Derecho español pudieran tener idéntica consideración bajo principios de Derecho comunitario, como es el caso de la nulidad de la forma de determinar el valor del aprovechamiento especial del dominio público o el valor real de los bienes de dominio público local utilizados por los operadores de telefonía móvil.

Otras, por el contrario, como la condición de sujetos pasivos de los operadores que se sirven de las redes de terceros, podrían contar con enfoques distintos pero compatibles con una interpretación de la legislación española de conformidad con el Derecho comunitario sin necesidad de tener que modificar la LRHL.

### **3. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO COMO LÍMITE A LA POTESTAD TRIBUTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS**

El Derecho comunitario europeo no contiene, en sentido estricto, normas de armonización fiscal de los tributos que gravan los servicios de telecomunicaciones. Las Directivas que regulan el sector establecen una serie de requisitos específicos y limitaciones de toda suerte a las potestades tributarias de los Estados miembros, con el fin de garantizar el desarrollo eficiente de un sector que se considera prioritario para el progreso económico y el mejor ejercicio de las libertades comunitarias, en particular de la libre prestación de servicios.

Al mismo tiempo, la regulación comunitaria pretende asegurar la competencia dentro del mercado de las telecomunicaciones y un esquema de fijación de precios que sufra las menores distorsiones posibles, y las exposiciones de motivos de las Directivas lo confirman.

Así, la Directiva autorización declara que su objeto es crear un marco jurídico que garantice la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, marco sujeto únicamente a las condiciones establecidas por ella<sup>22</sup> y por el Tratado y establece ciertas limitaciones para las tasas y los cánones en los términos siguientes:

*«Los sistemas que regulen las tasas administrativas no deben distorsionar la competencia ni crear barreras a la entrada en el mercado (...) las tasas administrativas aplicables deben ajustarse a los principios de un sistema de autorización general. Un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de tasas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios. Cuando las tasas administrativas sean muy bajas, también podrían resultar apropiadas unas tasas uniformes o bien unas tasas que combinen una base uniforme con un componente en función del volumen de negocios (...)».*

Para los cánones por el uso de radiofrecuencias y números se exige que garantice la utilización óptima de tales recursos. Además *«no deben obstaculizar el desarrollo de los servicios innovadores ni de la competencia en el mercado»*. Esto supone que no cabe tasa o canon alguno que implique un obstáculo a la libre prestación de servicios de los operadores de telefonía móvil<sup>23</sup>.

Exclusivamente respecto a los cánones de derecho de uso, aunque la Directiva no afecta a los fines a los que se destinan los mismos, sí sugiere a los Estados miembros algunas pautas cuando afirma que *«podrán utilizarse, por ejemplo, para financiar actividades de las autoridades nacionales de reglamentación que no puedan cubrirse mediante tasas administrativas. Cuando, en caso de procedimientos de selección comparativa o competitiva, los cánones por el ejercicio de derechos de uso de radiofrecuencias consistan entera o parcialmente en un importe a tanto alzado, las modalidades de pago deben asegurar que en la práctica dichos cánones no conducen a una selección sobre la base de criterios no relacionados con el objetivo de garantizar el uso óptimo de las radiofrecuencias (...)»*<sup>24</sup>.

En consecuencia, resulta evidente que de la regulación comunitaria no

22. Considerando 3º.

23. Afirma la Abogado General que *«la Directiva acceso no contempla en absoluto la competencia para exigir a los usuarios el pago de un canon por el acceso de los recursos de otra empresa y por la interconexión con ellos. Aunque admito que los Estados miembros gozan de una cierta discrecionalidad a la hora de elegir las formas y los métodos para aplicar las Directivas, considero que una tasa como la que es objeto del procedimiento principal constituye un obstáculo significativo a la libertad de los operadores de telefonía móvil para prestar sus servicios y no puede servir para alcanzar ninguno de los objetivos de la Directiva acceso ni de las demás Directivas relacionadas con ella, ni para cumplir ninguna de las obligaciones asumidas con arreglo a esas Directivas»* (apartado 70 de sus Conclusiones presentadas en 22 de marzo de 2012).

24. Considerandos 31 y 32.

puede desprenderse cuál ha de ser el contenido concreto de las tasas municipales sobre las instalaciones en el dominio público local de las que se sirven los operadores de telefonía móvil, pero sí se establecen estos límites generales y otros más específicos que analizaremos a continuación. Tales límites no pueden ser desbordados en el ejercicio de las correspondientes potestades tributarias por parte de las autoridades que las ostenten en los Estados miembros, ya se enuncien esos límites con total claridad y rotundidad ya se deduzcan estos de los objetivos de la Directiva o de la relación de unos preceptos con otros, en la exégesis del Tribunal de Justicia comunitario<sup>25</sup>.

En todo caso, en la medida en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vaya aclarando, desarrollando e interpretando tales limitaciones su criterio constituirá –lo que se ha venido a denominar– una suerte de armonización fiscal negativa o de segundo grado, pues dará certeza a las dudas actuales que se plantean sobre lo que –como parámetro de legalidad– no es posible regular y aplicar en los Estados miembros por contravenir el Derecho comunitario y aportará luz a un ámbito necesitado de un criterio sólido que contribuya a dotar de una mayor seguridad jurídica a tan importante sector económico.

El protagonismo asumido por la jurisprudencia comunitaria y su carácter expansivo en materia tributaria han hecho que en la doctrina prolifere la terminología de armonización fiscal «indirecta», «negativa» o «de segundo grado» para referirse al resultado de tal interpretación, reconociendo sólo el primer grado o el carácter de positiva a la armonización fiscal normativa que se produce por medio de Directivas.

Como es sabido, el obstáculo técnico-político de la necesaria unanimidad para la adopción de este tipo de norma de Derecho derivado ha sido –y sigue siendo conforme a lo previsto en los artículos 113 y 115 TFUE– la causa principal de la insuficiente construcción normativa de la armonización fiscal comunitaria. Ahora bien, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>26</sup> y la renaciona-

25. Considerando 31. Dice el Tribunal Supremo en el auto de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215) que el artículo 13 de la Directiva «supedita la potestad de los Estados miembros para establecer los cánones en cuestión a una triple condición, pues han de tomar en consideración la necesidad de garantizar el uso óptimo de las frecuencias, la numeración o de los recursos que se instalen en una propiedad pública o privada, los tributos no pueden ser discriminatorios, deben ser transparentes, proporcionados y justificados objetivamente y han de enderezarse al cumplimiento de los objetivos del artículo 8 de la Directiva» (apartado 5.2).

26. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, desde el 1 de diciembre de 2009, la institución jurisdiccional de la Unión se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se compone, como antes, de tres órganos jurisdiccionales: Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal de la Función Pública. Lisboa también ha supuesto que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pase a ser un texto legislativo vinculante con el mismo valor jurídico que los Tratados y se han introducido modificaciones significativas en relación con los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, flexibilizándose los requisitos de admisibilidad de los recursos interpuestos por los particulares contra los actos reglamentarios de las instituciones y reformándose el mecanismo de sanciones pecuniarias en caso de inejecución de sentencias por incumplimiento. Así, a partir de Lisboa, el Tribunal de Justicia puede imponer

lización que se deduce del texto de los Tratados en el ámbito de la construcción europea (competencias reversibles –artículo 48.2 TUE–, posibilidad de cooperación reforzada –artículo 20 TUE–) se plantea la posibilidad de que se produzca una armonización fiscal normativa a dos velocidades y quizás en el ámbito de la fiscalidad de las telecomunicaciones pueda esta nueva base jurídica fomentar propuestas normativas de interés para los países cuyos planteamientos converjan.

Sea lo que sea lo que depare el futuro, lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE tiene un efecto limitador de la soberanía fiscal, debido fundamental y precisamente a la ausencia de armonización fiscal normativa y a la expansión creciente de las libertades comunitarias, circunstancias ambas que han permitido un acercamiento de la fiscalidad de los Estados miembros, muy significativamente en el ámbito de la imposición directa, desde la afirmación de la comparabilidad de situaciones tradicionalmente diversas. La necesidad de una interpretación uniforme de las Directivas comunitarias es el fundamento último de este resultado armonizador.

Antes de analizar las limitaciones a las potestades tributarias derivadas de la interpretación que finalmente afirme el Tribunal comunitario para los preceptos y condicionamientos de la Directiva autorización, veamos cuáles son esas restricciones concretas que contempla la literalidad de la propia Directiva:

Conforme al artículo 12, apartado 1º, si un Estado miembro impone tasas administrativas a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso, deben éstas *cubrir en total solamente los gastos administrativos* que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2º del artículo 6, pudiendo quedar incluidos el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión. Se exige también que tales tasas se impongan a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

Es conveniente advertir que este artículo 12 contempla figuras tributarias de naturaleza remunerativa pues tienden a compensar por el acto o por el servicio que afecta al sujeto pasivo. Se trata de cubrir los respectivos gastos administrativos incurridos para adoptar la decisión sobre las autorizaciones generales, los derechos de uso y las obligaciones específicas<sup>27</sup>.

---

desde el momento de la primera sentencia de incumplimiento, sanciones pecuniarias por no haberse informado a la Comisión de las medidas nacionales de transposición de una Directiva.

27. Vid. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en los as. ac. C-292/01 y C-293/01, *Albacom e Infostrada*, en los que se dictó Sentencia el 18 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 275), interpretando la normativa precedente a la vigente, conclusiones que se recogen en el auto del TS de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215), apartado 4.2.



Por su parte, el artículo 13 de la Directiva autorización titulado «cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos» dispone que «los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)».

A diferencia del anterior, este precepto se refiere a tributos en los que desaparece toda idea de contraprestación y que, a juicio del Tribunal Supremo, reúnen la naturaleza de un impuesto, si bien con afección singular, pues no se trata ya de retribuir los gastos realizados por la Administración para la concesión y la gestión de los derechos de uso y obligaciones específicas, sino de buscar la mejor manera de explotar los recursos escasos, como las radiofrecuencias y los números, y de compensar por el uso exclusivo de propiedades públicas o privadas para la instalación de recursos<sup>28</sup>.

Es importante destacar que más allá de los fines generales que persigue la reglamentación en materia de telecomunicaciones, a los Estados miembros se les impone directamente por el artículo 13 de la Directiva autorización la obligación de tener en cuenta –y por tanto de respetar– los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco, precepto que define los objetivos generales y los principios reguladores que los Estados miembros deben garantizar a la hora de incorporar al Derecho interno el paquete de 2002 y que se traducen en una regulación tecnológicamente neutra que promueva la diversidad cultural y lingüística así como el pluralismo de los medios de comunicación (apartado 1), la competencia en el sector (apartado 2), el desarrollo del mercado interior (apartado 3) y la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, en los términos siguientes<sup>29</sup>:

«(...) 2. Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios y comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

a) velando por que los usuarios (...) obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;

b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas (...)

3. Las autoridades nacionales de reglamentación contribuirán al desarrollo del mecanismo interior, entre otras cosas:

a) suprimiendo los obstáculos que aún se opongan al suministro de redes de

28. Vid. auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010, apartado 4.3.

29. Sólo se extractan literalmente los apartados relevantes al objeto de este trabajo.

*comunicaciones electrónicas, recursos y servicios de comunicaciones electrónicas a nivel europeo».*

De otro lado, con arreglo al artículo 12, apartado 1, los Estados miembros deben fomentar el uso compartido de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas.

Por todo ello, y de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, resulta que la exigencia jurídico-comunitaria para cualquier tasa o canon devengado como consecuencia de la utilización del dominio público para la instalación de elementos configuradores de las redes de comunicaciones es con toda rotundidad, la de cumplir y respetar los siguientes requisitos: no discriminación, transparencia, objetividad y proporcionalidad<sup>30</sup>. Veamos a continuación sucintamente cómo han de entenderse los mismos.

#### *No discriminación:*

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria<sup>31</sup>, un canon resultará discriminatorio cuando se traten de forma diferente situaciones comparables, dando lugar a una desventaja para determinados operadores en relación con otros, sin que esta diferencia de trato esté justificada por la existencia de diferencias objetivas de cierta importancia. También existirá discriminación si se tratan de manera diferente situaciones similares<sup>32</sup>.

#### *Transparencia:*

Los considerandos de la Directiva autorización sitúan este requisito «en lo relativo a los ingresos y gastos de las autoridades nacionales de reglamentación mediante la comunicación anual del importe total de las tasas recaudadas y los gastos administrativos soportados» pues «de esta manera, las empresas podrán comprobar que los gastos administrativos y las tasas guardan un equilibrio entre sí»<sup>33</sup>, y lo concreta como objetivo estableciendo que el mismo<sup>34</sup> «exige que los proveedores de servicios, los consumidores y otras partes interesadas puedan acceder fácilmente a toda la información relativa a derechos, condiciones, procedimientos, tasas, cánones y decisiones en materia de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, derechos de uso de radiofrecuencias y números, derechos de instalación de recursos, planes nacionales de uso de frecuencias y planes nacionales de numeración. Las autoridades nacionales de reglamentación tienen la importante misión de facilitar dicha información y mantenerla actualizada. Cuando esos derechos sean

30. Conforme al considerando 4 de la Directiva autorización, la autorización de todos los servicios y redes de comunicaciones electrónicas se contempla, se suministren o no al público. Esto es importante para garantizar que las dos categorías de suministradores puedan beneficiarse de derechos, condiciones y procedimientos objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

31. Vid. Apartado 87 de las Conclusiones de la Abogado General.

32. Una primera aproximación a la noción de discriminación en la jurisprudencia comunitaria se remonta a la Sentencia de 17 de julio de 1963, dictada en el asunto *Repubblica Italiana c. Comisión*, C-13/63.

33. Considerando 30.

34. Considerando 34.

gestionados por otros niveles de la administración, las autoridades nacionales de reglamentación deben tratar de crear una herramienta de fácil utilización para acceder a la información referente a tales derechos».

#### *Objetividad:*

Consiste la objetividad en que el importe guarde relación con la intensidad del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso. Esta limitación significa que los Estados miembros no pueden imponer cánones por derechos de instalación de recursos que supuestamente reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de los derechos de paso, pero no estén basados en parámetros relacionados con ese objetivo, como la intensidad, la duración o el valor de uso que hace la empresa de la propiedad en cuestión o los usos alternativos que puedan hacerse de dicha propiedad<sup>35</sup>. Como es exigible a toda figura tributaria, la configuración del canon, incluidos los elementos de cuantificación, ha de ser coherente con el fin pretendido y declarado, en este caso, garantizar el uso óptimo de los derechos de paso.

#### *Proporcionalidad:*

En su jurisprudencia, el TJUE ha articulado el principio proporcionalidad en tres elementos íntimamente unidos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>36</sup>. La idoneidad supone que los medios elegidos no sean inútiles para alcanzar el fin al que sirve la norma o el ejercicio de la potestad. La necesidad implica la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano. Y por último, la proporcionalidad en sentido estricto se respetará cuando se ponderen los beneficios derivados de la medida, y el sacrificio que implica para los derechos de los ciudadanos<sup>37</sup>.

#### **4. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS AL TJUE**

Analicemos ahora la conformidad de las discutidas tasas municipales con lo previsto en el artículo 13 de la Directiva autorización, de la mano de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE. La formulación que se presenta ante el mismo reconduce la problemática interpretativa a preguntas muy concretas, cuya resolución es esencial para el enjuiciamiento del caso planteado ante el Tribunal Supremo.

Literalmente las cuestiones prejudiciales se enuncian de la siguiente manera:

«1) El artículo 13 de la Directiva (autorización), ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por

35. Vid. Apartados 76 y 77 de las Conclusiones de la Abogado General.

36. J. BARNÉS, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», RAP núm. 135, 1994, página 495.

37. Cfr. J. BARNÉS, «Introducción...», cit., pág. 507 y MATA SIERRA, M<sup>a</sup> Teresa, *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Lex Nova, Valladolid, 1996, página 184.

los derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

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

3) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva (autorización) efecto directo?»

Para el análisis de la primera cuestión conviene no olvidar que no es inusual que el texto comunitario a interpretar sea inaccesible, complejo o ambiguo y que por ello el Tribunal de Justicia comunitario suele utilizar prevalentemente el criterio interpretativo teleológico o finalista, en virtud del cual cobra especial relevancia el objeto y fin que persigue la norma. La interpretación literal tiene, por el contrario, una importancia muy limitada en este ámbito del Derecho, debido fundamentalmente al carácter técnico del lenguaje empleado, al multilingüismo<sup>38</sup> y a la defectuosa redacción que a menudo sufren los textos comunitarios, dado que son el resultado de compromisos entre disposiciones o propuestas nacionales divergentes. directiva servicio universal

También es preciso recordar que el principio del efecto útil de la norma está muy ligado al método de interpretación teleológica, sin que se trate solo de una simple aplicación de la regla *ut res magis valeat quam pereat* pues en el Derecho comunitario, pues el principio del efecto útil busca para la disposición en cuestión la mayor eficacia posible conforme a su objetivo.

Desde este planteamiento, es importante situar en su contexto el precepto sobre el que se plantea la pregunta al TJUE, pues éste se integra en una Directiva comunitaria (la Directiva autorización) cuyo marco jurídico completo viene constituido por las Directivas UE sobre comunicaciones electrónicas, todas ellas de 2002, a saber, la Directiva marco (que sustituyó la Directiva 97/13), la Directiva autorización, la Directiva servicio universal, la Directiva sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas y la propia Directiva de acceso, por lo que cualquier interpretación de la misma debe ser coherente con el conjunto de

38. El multilingüismo puede provocar divergencias entre las versiones oficiales de los textos. En particular, resulta relevante que mientras la versión inglesa del artículo 13 (al igual que la mayoría de las restantes versiones lingüísticas) habla de derechos de instalación de «infraestructuras» («*facilities*») y de la necesidad de garantizar el uso óptimo de «recursos» («*resources*»), otras versiones lingüísticas (en particular, la española, la francesa y la portuguesa) emplean el término «recursos» para ambos conceptos. Conviene tener presente la distinción entre ellos al leer las Conclusiones de la Abogado General en alguna de estas últimas lenguas, en particular en lo que respecta al significado de la primera frase del artículo 13 y en el contexto de la segunda cuestión planteada.

Directivas que regulan el sector y con los fines últimos perseguidos por las mismas<sup>39</sup>.

El artículo 13 de la Directiva autorización titulado «cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos» dispone que «los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/21/CE (Directiva marco)».

Conforme reza la exposición de motivos, la finalidad de la Directiva autorización consiste en «la realización de un mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas mediante la armonización y simplificación de las normas y condiciones de autorización para facilitar su suministro en toda la UE».

Por ello, la Directiva establece un sistema de autorización general de manera que una vez concedida ésta, los Estados miembros no pueden ya supeditar el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a «una decisión explícita u otro acto administrativo de la autoridad nacional de reglamentación», siéndoles también exigible que apliquen el sistema de autorización general *menos gravoso posible* para permitir el suministro de tales redes y servicios y para conferir a las empresas determinados derechos con arreglo al Derecho de la Unión Europea.

Según el artículo 4.1.b) de la Directiva autorización, una empresa que ostente una autorización general estará habilitada para que «se le considere su solicitud de derechos necesarios para instalar recursos de conformidad con el artículo 11 de la Directiva marco, pudiendo los Estados miembros, decidir si conceden o no estos derechos *a empresas distintas de los suministradores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas*».

También prevé la Directiva que una empresa que ostente una autorización general y que suministre redes y servicios de comunicaciones electrónicas debe tener derecho a negociar la interconexión y en su caso obtener el acceso o la interconexión a partir de otros proveedores de conformidad con la Directiva acceso y con arreglo a las condiciones establecidas en ésta.

Una vez expuesta la finalidad de la Directiva autorización así como el contexto sistemático en el que se inserta el artículo 13 sobre el que se plantea la cuestión prejudicial, procede analizar los elementos de los presupuestos de hecho que se contemplan en el mismo, para determinar el alcance y sentido último de cada término empleado y, en consecuencia, poder atisbar cuál ha de ser la interpretación del precepto comunitario para, posteriormente, verificar si la normativa española se opone al mismo.

39. A estos fines nos hemos referido en el apartado anterior.

### a. LA TRANSCENDENCIA DE LA TITULARIDAD DE LA RED

La titularidad de la red constituye un elemento determinante para interpretar el artículo 13 de la Directiva (autorización), en la medida en que sea plantea la cuestión de si se opone a la exigencia de que la tasa someta a tributación por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil.

Si un operador posee una red, sus clientes pueden llamar a otros y recibir llamadas de otros que pertenezcan a la misma red. El operador puede poseer toda o parte de la infraestructura que constituye la red y permite la prestación de los correspondientes servicios, pero necesitará en todo caso de la interconexión con las distintas redes y el acceso a la infraestructura de otras empresas para que sus clientes puedan realizar y recibir llamadas. La interconexión constituye un tipo de acceso aplicado entre operadores públicos, que negocian un precio y celebran acuerdos para obtener interconexión y otras formas de acceso.

Técnicamente, resulta necesario para los operadores de telefonía móvil tener acceso a redes fijas y móviles para poder prestar a sus clientes un servicio de comunicaciones electrónicas, entendido como el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

La principal diferencia entre redes fijas y móviles radica en la tipología de enlaces que utilizan para conectar los distintos elementos que forman parte de la red de acceso.

Siguiendo la explicación técnica que facilita la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, resulta que las redes móviles en ningún caso utilizan medios cableados como medio de acceso al usuario, ya que éstas utilizan el interfaz aire mediante ondas hercianas como medio físico de acceso. Por el contrario, *«las redes fijas en la mayoría de casos utilizan tecnologías que se sustentan mediante medios cableados situados en el suelo, subsuelo y vuelo del dominio público»*. Este hecho implica que el uso que realizan las redes móviles del dominio público local sea, al menos en el tramo de acceso, significativamente menos intensivo y extensivo que el realizado por los operadores de redes fijas, al no necesitar el uso del dominio público local para realizar el último tramo de conexión, entre el usuario y el primer elemento de la red.

Debe también tenerse en cuenta que la red de acceso de las redes móviles no se encuentra circunscrita únicamente a la conexión entre el terminal del usuario y el primer elemento de la red del operador (estación base) sino que ésta se extiende más allá. Dentro de las redes de acceso de los operadores móviles, además de las estaciones base encargadas de suministrar cobertura a los usuarios existe una serie de equipos junto con los enlaces definidos para conectarse entre ellos y con la red troncal.

Estos elementos y los enlaces son los que deben analizarse para evaluar el uso que realiza la red de acceso de un operador móvil del dominio público

local. Aunque no es posible establecer un patrón de uso del dominio público por parte de los operadores móviles para el despliegue de su red de acceso, puesto que depende de variables como el tipo de núcleo poblacional y el plan de despliegue del operador, el uso que hacen o pueden hacer los operadores móviles del dominio público local para el despliegue de la red de acceso es significativamente menos extensivo e intensivo que el que realizan los operadores que prestan el servicio de telefonía móvil.

Puede darse además el supuesto de que un operador móvil no disponga en un municipio de ningún elemento de red, ni propio ni ajeno, que ocupe el dominio público local y en estos casos resultaría claro que no realizaría el hecho imponible que constituye el objeto de la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público local<sup>40</sup>.

Como el artículo 13 de la Directiva autorización distingue entre derechos de uso y derechos de instalación de recursos para permitir a los Estados miembros la imposición de cánones, es preciso establecer si el uso de recursos pertenecientes a otra empresa puede constituir el hecho imponible del «canon» en la terminología del artículo 13. A juicio de la Abogada General Eleanor Sharpston, en ausencia de definición específica por parte de la Directiva autorización, el término «recursos» únicamente puede interpretarse en el sentido de que designa las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas<sup>41</sup>, en una lectura conjunta con las demás Directivas conexas.

Además, en el ámbito de las telecomunicaciones, «recursos» significa el equipamiento necesario para hacer posible la transmisión y recepción de información a distancia e «instalar» tal equipamiento, colocarlo físicamente de forma que pueda servir a esos fines durante un tiempo determinado.

A los efectos del artículo 13, resulta así que *«la obligación de pagar el canon incumbe a la empresa que ostente el derecho a instalar tales recursos, con independencia de quién sea el titular del mismo»*<sup>42</sup>. Si una empresa instala un cable por debajo de una vía pública para transmitir señales —entre teléfonos fijos o entre teléfonos móviles y fijos— es la instalación del cable la que requiere un «derecho de paso» mientras se instala el cable.

Una vez instalado, cualquiera que sea el número de señales transmitidas a través del cable, el uso del cable no afecta a la disponibilidad de los derechos de paso, por ello deduce la Abogada General que si bien los usuarios distintos de la empresa que instala los recursos también se benefician de los derechos de paso concedidos a ésta, *«en un mercado competitivo, cabe presumir que el precio estipulado por ese uso (es decir, el “acceso”) incluirá una compensación por ese aprovechamiento»*.<sup>43</sup>

40. Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de septiembre de 2010, apartado 3.1.

41. Apartado 54 de las Conclusiones de la Abogada General.

42. Apartado 51 de las Conclusiones de la Abogada General.

43. Apartado 60 de las Conclusiones de la Abogada General.

A juicio del Tribunal Supremo, el tenor literal del artículo 13 de la Directiva y una interpretación sistemática del paquete de Directivas de 2002, abonan la conclusión de que el canon únicamente puede imponerse al titular de los recursos instalados y no a los operadores que meramente tienen acceso a la red y la usan.

Y ello es así porque aunque el artículo 13 de la Directiva autorización no define los «derechos de instalación de recursos», el artículo 11, apartado 1 de la Directiva marco parece referirse a ellos al aludir a los «derechos de paso» e impone a los Estados miembros la obligación de velar porque, cuando una autoridad competente examine *«una solicitud de concesión de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, a favor de una empresa autorizada a suministrar redes (...) de comunicaciones»*, se sigan procedimientos transparentes y accesibles al público, con determinadas características.

De la relación de ambos preceptos cabe concluir que, cuando se alude a la posibilidad de imponer un canon por los «derechos de instalación de recursos», se está refiriendo exclusivamente a aquellas empresas autorizadas a suministrar redes de telecomunicaciones y, por consiguiente, a las que se habilita para instalar los pertinentes recursos en el suelo, el subsuelo o el vuelo de terrenos públicos o privados<sup>44</sup>.

No obstante, no parece que la cuestión de quién pueda ser sujeto pasivo de una tasa que grava la utilización del dominio público para la instalación de recursos utilizados en la prestación de servicios de telefonía móvil pueda ser resuelta de forma aislada si tener en cuenta los parámetros económicos de la tasa.

Las finalidades perseguidas por la Directiva no entran en conflicto con la autonomía de los Estados para la regulación de los tributos que se aplican a los operadores, que pueden articular los elementos esenciales de sus tributos con absoluta libertad, siempre que respeten los límites establecidos por la regulación comunitaria para asegurar la eficiencia y desarrollo del sector, garantizando al mismo tiempo la competencia sin interferencias tributarias, pues, como ya hemos expuesto, las Directivas comunitarias no han abordado una armonización plena de los tributos sobre la telefonía móvil.

En consecuencia, no parece que la normativa comunitaria impida radicalmente que los operadores que no cuentan con instalaciones propias en un determinado municipio, pero se sirven de las redes de terceros, puedan ser sujetos pasivos de la tasa, siempre que el resultado de dicha sujeción resulte neutral respecto de la actividad del conjunto de los operadores y no suponga una sobreimposición el hecho de compartir redes o recursos.

Por tanto, una tasa que hubiera sido correctamente calculada sobre el valor

44. Apartados 4.4 a 4.8 del Auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215).



económico de la utilización o aprovechamiento especial de los bienes de dominio público y fuera exigida con criterios objetivos tanto a los titulares de las redes como a quienes las utilizan, pero sin exceder en total del valor económico del aprovechamiento, y contemplando las distintas situaciones de unos y otros, no tendría por qué entrar en conflicto con el Derecho comunitario.

Cuestión distinta es que la complejidad de configurar una tasa en esos términos y la mayor eficiencia del mercado haga más aconsejable que sea el titular de las redes o de las instalaciones el único sujeto pasivo de la tasa y que, a través de sus acuerdos con otros operadores, traslade vía precio la parte atribuible a los usos de terceros.

Es fácil comprender que la multiplicidad de acuerdos entre las compañías de telefonía móvil e incluso entre éstas y las de telefonía fija hace más adecuada la traslación parcial de la tasa mediante la contraprestación que para cada caso pacten las partes, que tratar de prever en cada ordenanza la gran variedad de supuestos de colaboración posibles.

#### b. LOS REQUISITOS DE NO DISCRIMINACIÓN, OBJETIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD

El artículo 13 de la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que los cánones no sean discriminatorios, que sean transparentes, que estén justificados objetivamente, que resulten proporcionados al fin previsto y que tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco.

En sus conclusiones, la Abogada General considera que *«un canon no se ajusta a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa y en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso “escaso” resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso»*<sup>45</sup>

No es la primer vez que se plantea ante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la compatibilidad con el Derecho comunitario de tributos a las compañías operadoras de telefonía móvil calculados en función del volumen de negocio. La Sentencia 2003/275, de 18 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 275)<sup>46</sup>, relativa a la Directiva 97/13/CE de autorización, consideró que el artículo 13 de la misma prohíbe a los Estados imponer a las empresas titulares de licencias de telefonía, por el mero hecho de tenerlas, una carga tributaria distinta de las previstas por la Directiva, debiéndose basar las que se impongan en criterios de objetividad, no discriminación y transparencia y no oponerse a la apertura completa del mercado a la competencia.

Algunos de los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que se han dictado hasta el momento se han referido a la Sentencia anterior del Tribunal comunitario, concluyendo que sus criterios no son aplicables a los

45. Apartado 92 de las Conclusiones.

46. Asuntos acumulados C-292/2001 y C-293/2001.

litigios sobre las ordenanzas municipales españolas, porque entienden que éstas fundamentan la tributación en el «gasto administrativo» de los municipios, consistente en «el uso del dominio público por los operadores» por lo que, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 97068) «no se trata –o mejor, no debería tratarse– de un impuesto que tome en consideración el “volumen de negocio”, sino de una tasa que pretende, al menos en su aspecto formal, compensar el gasto administrativo que comporta la prestación del servicio»<sup>47</sup>.

Con el enfoque descrito, en realidad, se constata el posible conflicto de la redacción de las ordenanzas en litigio con el Derecho comunitario, pero se considera innecesario su análisis porque, previamente, se consideran ilegales las ordenanzas en cuanto a la forma de cuantificación de la tasa, precisamente por hacerlo en función del volumen de negocio estimado en el municipio.

#### *El requisito de la transparencia:*

Aunque no se pregunta específicamente por la conformidad con este requisito en la cuestión prejudicial, desde el punto de vista de la *transparencia*, no cabe duda de que la normativa española reguladora de la tasa municipal, con independencia de que pudiera adolecer de otras infracciones de la regulación comunitaria, cumple plenamente el requisito impuesto por la Directiva, al menos en lo que se refiere a los procedimientos normativos y de publicidad y acceso a los expedientes administrativos de aprobación de las tasas municipales, si bien cuando se analiza la aplicación concreta de la normativa en la elaboración y aprobación por los distintos ayuntamientos de la tasa general del apartado a) el artículo 24.1 LRHL la cuestión ya no es tan clara.

Los problemas relativos a la transparencia no surgen porque la normativa española no contemple la necesidad de procedimientos absolutamente públicos y transparentes, ni porque permita que el cálculo de la tasa pueda establecerse sin acudir a elementos de determinación transparentes y predecibles, ya que la normativa reguladora –tanto general como local– de las tasas, conduce al valor de mercado de los bienes de dominio público o la utilidad obtenida de los mismos, sino porque las ordenanzas municipales dictadas para la aprobación de las tasas correspondientes se apartan de la norma legal acudiendo a reglas de cálculo de la tasa, que No guardan relación con el valor real del aprovechamiento.

En particular, como lo demuestran muchos de los litigios que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han resuelto o tienen ante sí, las mayores desviaciones de la transparencia exigible se producen cuando, de los informes económico-financieros para la aprobación de las tasas, resultan criterios de cálculo de las mismas cuya correlación con los valores de mercado de la propiedad pública o de la utilidad obtenida de su utilización resultan indescifrables o inexistentes y, en consecuencia, impredecibles para cualquier operador

47. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 97068) (Rec. 38/2009).

que se plantee el despliegue de una red de comunicaciones o de elementos concretos de la misma.

Es cierto que, desde el momento en que se produce la incorrecta aplicación de la normativa española respecto de la aprobación de una tasa municipal, la regulación de la materia cuenta ya con elementos normativos y jurisprudenciales suficientes para establecer la infracción legal y reconducir la actuación desviada, sin necesidad de tener que recurrir a las normas y principios de Derecho comunitario.

#### *El requisito de la no discriminación:*

Según jurisprudencia reiterada, para que entre en juego el principio de *no discriminación* debe apreciarse la existencia de una situación de comparabilidad entre supuestos de hecho. Un gravamen será entonces discriminatorio, si trata de forma diferente situaciones comparables, dando lugar a una desventaja para unos operadores respecto de los otros, siempre y cuando la diferencia de trato no esté justificada, pero también será discriminatorio cuando trate de forma igual situaciones diferentes. Así ocurre, cuando las tasas impuestas a operadores que hacen un uso comparable de un recurso no son equivalentes en términos económicos o cuando las impuestas en relación con usos distintos, son equivalentes.

Pues bien, si bien afirma la Abogada General que este juicio corresponde al órgano jurisdiccional remitente, expresa al final de su argumentación sobre este punto de una manera a nuestro juicio un tanto confusa, que las empresas que instalan recursos, sean o no operadores de telefonía móvil, no están en una situación comparable a la de los operadores de telefonía móvil, que utilizan los recursos de otra empresa. Y ello porque el uso que hacen los primeros del dominio público afecta directamente a la disponibilidad del acceso a ese recurso y limita los derechos exclusivos del propietario sobre él, mientras que el uso que hacen los segundos carece de tal efecto. De otro lado, también afirma que desde el punto de vista económico, ambos tipos de uso no pueden considerarse equivalentes y basa su afirmación la misma en la sentencia *Telefónica Móviles*<sup>48</sup>, en la que el Tribunal de Justicia coincidió con el Gobierno español y con la Comisión en que «*el importe de dicho gravamen debe fijarse a un nivel adecuado para reflejar el valor de la utilización de tales recursos –escasos–, lo que exige tomar en consideración la situación económica y tecnológica del mercado de que se trate*».

Para el Tribunal Supremo, en la medida en que las ordenanzas establecen un régimen tributario igual para todos, con independencia de su condición y de las características de la ocupación, parece que el principio resulta cumplido. Así –considera–, las liquidaciones tributarias que se giran a un operador móvil, son independientes de que tenga instalada una red propia en vías públicas, suelo o subsuelo, tenga derecho de uso de redes de otros operadores o meramente reciba servicios de interconexión para permitir la comunicación entre

48. STJUE de 10 de marzo de 2011 (TJCE 2011, 56), *Telefónica Móviles* (C-85/10).

usuarios, y el importe es el mismo al margen de si el operador tiene toda la red ubicada en dominio público local o carece de instalaciones en el mismo<sup>49</sup>.

La Abogada General considera pertinente para el análisis de esta cuestión determinar si, para prestar sus servicios, los operadores utilizan un acceso a los recursos de otra empresa instalados en una propiedad pública (o privada), o una interconexión con dichos recursos, que sean comparables, y si se encuentran en una relación de competencia. Para el caso en que pueda considerarse que se encuentran en situaciones comparables, el importe adeudado por el uso que hacen de los recursos de otra empresa debe calcularse basándose en los mismos parámetros objetivos, pues debe evitarse la discriminación por el uso de una tecnología específica. A ese respecto, por ejemplo, si los operadores de telefonía fija que interconectan con los recursos de otra empresa pueden deducir los costes de interconexión del canon adeudado al municipio, los operadores de telefonía móvil que se encuentren en circunstancias similares también deben tener esa posibilidad<sup>50</sup>.

Pues bien, los operadores móviles pagan por el uso de las redes y no se les deja deducir tales gastos de los ingresos tomados en cuenta para la exacción de las tasas, produciéndose *de facto* una doble imposición, puesto que esas cantidades ya son gravadas por el mismo hecho imponible a los operadores fijos, al constituir dichos pagos parte de sus ingresos brutos procedentes de la facturación<sup>51</sup>.

En mi opinión, el análisis de la posible discriminación requiere una valoración conjunta de la posición de los distintos operadores y de la propia naturaleza de la tasa por la utilización del dominio público, pues no estamos en presencia de un impuesto sobre la actividad económica de los operadores —y posiblemente este sea el origen y, tal vez, la solución de la profusión de litigios en la materia—. Si aceptamos el hecho de que la tasa grava tanto a quien ocupa el dominio público con sus instalaciones como al que no lo hace y simplemente recibe un servicio del primero, parece que no puede haber duda de la no comparabilidad de situaciones y de la discriminación que se produce por el trato idéntico a quienes tienen posiciones distintas frente al hecho relevante que es el uso privativo del dominio público.

No parece que la salida a tal situación se pueda encontrar sosteniendo que el uso de las redes de terceros supone la utilización del dominio público de igual manera por parte del titular de la red que por aquellos otros operadores que obtengan acceso a la misma, porque la titularidad de los medios instalados en el dominio público es algo radicalmente distinto de la obtención de un servicio de paso o de otra naturaleza y genera derechos distintos. En sus conclusiones, la Abogada General así parece entenderlo cuando no considera relevante a

49. Auto de 3 de noviembre de 2010, apartado 5.6.

50. Apartados 87 y 88 de las Conclusiones.

51. Vid. Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 7 de septiembre de 2010, apartado 3.3.2 pág. 20.

efectos de analizar este requisito que el usuario sea o no propietario de los recursos<sup>52</sup>.

Pero la discriminación puede tener un alcance mucho mayor si se repara en el hecho de que si las tasas son exigidas en idéntico importe, como señala el Tribunal Supremo, cualquiera que sea la intensidad del uso del dominio público, se estará gravando por una tasa que tiene como hecho imponible la utilización privativa del dominio público, de la misma manera a quienes utilizan en mayor y menor medida los bienes de dominio público, dando un tratamiento tributario idéntico a quienes están en situaciones claramente distintas.

Esta patente discriminación entra, además, en conflicto con el objetivo de la Directiva y con el interés general de fomentar el uso compartido de las redes, pues el tributo local a satisfacer será el mismo si el servicio se presta con redes propias o ajenas, lo que, a su vez, dificulta la realización de proyecciones de negocio a quien efectúa la inversión en instalaciones, que tendrá mayor problema para obtener economías de escala y para la formación de precios objetivos por el uso de terceros de las redes ya instaladas.

#### *El requisito de la objetividad:*

Respecto al juicio de *objetividad*, el Tribunal Supremo entiende que no parece que se cumpla desde el momento en el que el gravamen establecido por la ordenanza basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil<sup>53</sup>. Como hemos visto el requisito exige que el importe guarde relación con la intensidad del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso. Tampoco para la Abogado General se cumple este requisito<sup>54</sup>.

52. Afirma que no considera «relevante con arreglo al artículo 13 que el usuario sea o no propietario de los recursos. Lo importante a efectos de esta disposición es el hecho que genera la obligación de pagar la tasa. Por lo tanto, el mismo criterio debería aplicarse para determinar las obligaciones de los operadores de telefonía que no son propietarios de los recursos y las de los que sí lo son y hacen un uso comparable de ellos. En tales circunstancias, y dando por supuesto que el Derecho nacional también impone un canon por los derechos de instalar recursos, una respuesta afirmativa a la primera cuestión implicaría que determinadas empresas podrían tener que pagar un canon por instalar los recursos y también por usarlos. Ésta es la consecuencia lógica de aceptar la argumentación del Gobierno español (...) Yo, en cambio, soy de la opinión de que las empresas que instalan recursos, sean o no operadores de telefonía móvil, no están en una situación comparable a los operadores de telefonía móvil que utilizan los recursos de otra empresa. El uso que hacen los primeros del dominio público afecta directamente a la disponibilidad del acceso a ese recurso y limita los derechos exclusivos del propietario sobre él, mientras que el uso que hacen los segundos carece de tal efecto. Desde un punto de vista económico, ambos tipos de uso no pueden considerarse equivalentes» (apartados 90 y 91).

53. Auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215), apartado 5.7.

54. Afirma en sus Conclusiones lo siguiente «un canon (...) no está objetivamente justificado si su importe no guarda relación con la intensidad del uso del recurso “escaso” y el valor presente y futuro de dicho uso. A ese respecto, la Directiva autorización considera que pueden imponerse a las empresas cánones por los derechos de instalación de recursos. A mi juicio, los Estados miembros no pueden imponer cánones por derechos de instalación de recursos que supuestamente reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de los “derechos de paso”, pero no estén basados en parámetros relacionados con ese objetivo, como la

La objetividad es inexistente, si se tiene en cuenta que un tributo que grava la utilización de bienes de dominio público es del mismo importe cualquiera que sea la utilización realizada de los mismos, que no varía en función de que el sujeto pasivo sea el titular de las instalaciones en el dominio público o el receptor de un servicio prestado por el primero, y que se aplica del mismo modo a quien tiene todos sus instalaciones en bienes de dominio público y a quien las tiene, en todo o en parte, en bienes de propiedad privada.

La única objetividad que cabe predicar de esta forma de configurar la tasa es que el cálculo de la misma se efectúa sobre un parámetro objetivo y predecible y no de forma arbitraria, pero no es este tipo de objetividad el que requiere la Directiva comunitaria, ni tampoco parece que pueda considerarse compatible con la propia normativa española en materia de tasas.

La forma en que se calcula el tributo en estos casos sería mucho más apropiada para el Impuesto sobre Actividades Económicas y, tal vez, el legislador tendrá que considerar la oportunidad de buscar una salida legal a esta cuestión reformando dicho tributo, y circunscribiendo las tasas exigibles a los operadores de telefonía móvil al valor de los usos de la propiedad pública que realizan con criterios claros, predecibles y uniformes en todo el territorio del Estado.

#### *El requisito de la proporcionalidad:*

Por último, sobre el principio de *proporcionalidad*, el Tribunal comunitario suele efectuar un análisis basado en los tres elementos a que hemos hecho referencia en el apartado anterior: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pues bien, la restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia<sup>55</sup>.

*intensidad, la duración o el valor del uso que hace la empresa de la propiedad en cuestión o los usos alternativos que puedan hacerse de dicha propiedad. Si el Tribunal de Justicia admite que en la primera frase del artículo 13 se encuentra comprendido un canon por el uso de recursos, considero que debieran aplicarse estos mismos principios. En tales circunstancias, el uso de recursos afecta a la disponibilidad de los "derechos de paso". Por lo tanto, debe ser posible determinar el importe del canon de forma que refleje la intensidad de ese uso del recurso [escaso] así como sus usos alternativos. Parece probable que la finalidad principal de un canon basado en los ingresos brutos obtenidos por una compañía consista en generar ingresos, lo cual no constituye una justificación objetiva para un canon en el sentido del artículo 13. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que el cálculo de un canon (en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización) basado en el volumen de negocios incrementa considerablemente el importe adeudado y por ello "crea un obstáculo significativo a la libre prestación de los servicios de telecomunicaciones". El hecho de que el canon pueda afectar en mayor medida a los operadores dominantes no desvirtúa esta conclusión» (apartados 76 a 79).*

55. Este aspecto del principio de proporcionalidad se ha plasmado en el artículo 5.4. TUE, si bien se refiere a cualquier actuación comunitaria en ámbitos de concurrencia de acción con los Estados miembros como forma de modular el principio de subsidiariedad: «ninguna acción de la Unión excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados».

A juicio del Tribunal Supremo, no parece que la exigencia de un gravamen de la misma cuantía e intensidad para todos los operadores, ya sean titulares de las redes que ocupen de modo privativo o por medio de aprovechamientos especiales el dominio público local, resulte conforme con la regla de proporcionalidad, que en este ámbito debería exigir mayor esfuerzo tributario a quien ocupe con mayor intensidad el citado dominio público, pues no es igual la situación de los titulares de las redes instaladas que la de los que simplemente las utilizan en régimen de acceso o de interconexión<sup>56</sup>.

Siendo cierto lo anterior, la proporcionalidad también puede llevarnos más lejos en el análisis de las tasas aprobadas por algunos municipios, si ponemos de nuevo en relación la naturaleza de la tasa con la forma de determinar su cuantía, pues si lo que se trata de gravar es la utilización privativa del dominio público, el medio elegido para su cuantificación resultaría ajeno por completo a la finalidad del tributo, al acudir a un parámetro económico como el volumen de negocio local u otros semejantes, que nada tienen que ver con la intensidad de la utilización del dominio público y que llevaría al absurdo de gravar de la misma manera a quien tiene todos sus instalaciones en propiedades privadas que a quien las tiene en bienes de dominio público.

La Abogado General entiende que un canon no es proporcionado si se basa en parámetros y se fija en una cuantía que vaya más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos escasos que el canon aspira a proteger y que así sucede si es tan elevado que disuade de invertir en la instalación de redes y recursos, obstaculizando la competencia, o tan reducido que no contribuye a la gestión eficaz del uso del recurso. Se separa del análisis del Tribunal Supremo en que no admite que, cuanto más intensivo sea el uso del recurso escaso, más elevado haya de ser el canon impuesto por ese uso. Afirma que *«cabe, por ejemplo, imaginar una situación en que el canon por los derechos de instalación de recursos pudiera reducirse atendiendo a la medida en que una empresa permitiese la utilización de sus recursos por otras. En tales circunstancias, un canon inferior por un uso más intensivo podría contribuir a optimizar el uso de la propiedad impuesto por ese uso»*<sup>57</sup>.

Considera también respecto a la fórmula aplicada por los ayuntamientos que el único parámetro relevante es el número de líneas telefónicas fijas instaladas en el municipio en un determinado año, y que esta cifra no guarda relación alguna, con el uso concreto hecho por el operador de telefonía móvil de los recursos pertenecientes a otra empresa. Como tampoco la cuota de mercado del operador de telefonía móvil en el mercado local tiene ninguna correlación evidente con la intensidad de su uso del dominio público local en que se encuentran instalados las correspondientes redes y recursos asociados, aun cuando pueda vincularse con la necesidad de acceder a esas redes y recursos y de interconectar con ellas.

56. Auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 2215), apartado 5.5.

57. Apartado 82.

Por lo que respecta a los parámetros del consumo medio de telefonía móvil por unidad urbana, el número de habitantes y el consumo medio de teléfono y servicios por teléfono móvil, éstos podrían en algunos casos tener una relación con la intensidad del uso de las redes y recursos pertenecientes a otra empresa, pero no obstante, podrían no tener relación alguna con los servicios de telefonía móvil efectivamente prestados por el operador que paga la tasa y para los que se usaron los recursos instalados en el dominio público<sup>58</sup>.

### c. LA GARANTÍA DEL USO ÓPTIMO DE LOS RECURSOS CONCERNIDOS

El objetivo del uso óptimo de los recursos que motivan la aplicación de la tasa municipal forma parte del marco general de las Directivas comunitarias para el desarrollo del sector y la creación de condiciones de mercado para fomentar la competencia y el acceso de los consumidores al mejor servicio e impregna el conjunto de la regulación, lo que ha llevado también al legislador comunitario a considerarlo relevante en la creación de los cánones que gravan el aprovechamiento del dominio público.

La orientación de la fiscalidad a este objetivo para conseguir, o al menos, facilitar el mejor aprovechamiento de los medios materiales empleados en la prestación de servicios de telefonía móvil, comporta que los límites impuestos por el Derecho comunitario se tengan que interpretar a la luz de este objetivo.

A juicio del Tribunal Supremo «*la necesidad de responder al uso óptimo de esos recursos resulta desconocida mediante una ordenanza fiscal que no sólo no contiene disposiciones que permitan deducir el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento del dominio público de la corporación local sino tampoco la optimización del establecimiento en redes en el término municipal*»<sup>59</sup>.

Por su parte, entiende la Abogado General que el significado de la frase «*la necesidad de garantizar el uso óptimo del recurso de que se trate*», corresponde a la primera frase del artículo 13 pues si un canon no refleja esta necesidad, no es necesario considerar los requisitos de la segunda frase.

En mi opinión, el uso óptimo de los recursos debe quedar contemplado en la regulación de las tasas, por un lado, de forma negativa, evitando que la tasa no haga más atractivo el establecimiento de redes e instalaciones propias de cada operador y, por otro, de forma positiva, facilitando que el titular de las instalaciones pueda dar accesos a terceros en condiciones de neutralidad fiscal. Pero, sobre todo, el uso óptimo de los recursos, debe formar parte de la interpretación teleológica de los preceptos delimitadores de la regulación fiscal, complementando la delimitación del concepto de cada uno de los límites que hemos analizado con anterioridad.

En este último sentido, el uso óptimo de los recursos no constituiría una limitación autónoma, que pudiera justificar el rechazo de cualquier plantea-

58. Cfr. apartados 80 a 86.

59. Auto de 3 de noviembre de 2010, apartado 5.4.



miento fiscal susceptible de ser sustituido por otro que incentive en mayor medida el uso óptimo de los recursos, sino un criterio más a considerar a la hora de configurar cada uno de los límites que la Directiva impone a las tasas que gravan la utilización del dominio público para las instalaciones de telefonía móvil.

#### d. EL RECONOCIMIENTO DE EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 13 DE LA DIRECTIVA AUTORIZACIÓN

El alcance inmediato del reconocimiento o no del efecto directo del precepto citado de la Directiva, es la posibilidad de los justiciables de prevalerse de los derechos comunitarios que el mismo les confiere y hacerlos valer ante sus propios órganos jurisdiccionales.

Según jurisprudencia reiterada, siempre que una disposición de una Directiva sea incondicional y suficientemente precisa, puede ser invocada frente al Estado miembro en el marco de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional, siempre y cuando dicho Estado miembro no haya incorporado la Directiva al ordenamiento interno, lo haya hecho fuera de plazo o incorrectamente<sup>60</sup>

Conforme a esta clara y reiterada doctrina del TJUE, cabe predicar del artículo 13 de la Directiva autorización su efecto directo, y así lo afirma en sus conclusiones la Abogada General Eleanor Sharpston, quien tras recordar que la Sentencia de 22 de mayo de 2003 (TJCE 2003, 150), dictada en el asunto *Connect Austria* declaró que el artículo 11, apartado 2 de la Directiva 97/13 tenía efecto directo considera que la redacción del precepto de la Directiva de 2003 *«es más clara y más precisa que la del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13. Las circunstancias en que los Estados miembros pueden imponer un canon con arreglo al artículo 13 se definen en términos inequívocos y el artículo 13 no exige la adopción de medidas para que un particular pueda invocarlo frente a un Estado miembro que imponga un canon en circunstancias que no se ajusten a lo dispuesto en dicho artículo 13»*<sup>61</sup>.

También nuestro Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera, en su auto de 19 de enero de 2010 (JUR 2010, 42228) consideró que el artículo 11, apartado 2 de la Directiva 97/13/CE, desde el punto de vista de su conte-

60. Sobre el efecto directo de las Directivas *vid.* entre otros, el acertado resumen de la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario que Alejandro S. PAYA PUJADO, publicó en *La Ley*, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía núm. 4317, de 25 de junio de 1997, con el título «Los efectos de las Directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996». Más recientemente, *vid.* el trabajo de Lucía MILLÁN MORO «El principio de efecto directo evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en, José María BENEYTO PÉREZ (director) *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, tomo IV. *Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2011. páginas 487-564.

61. Asunto C-462/99, apartado 114.

nido, resultaba incondicional y suficientemente preciso y que, por lo tanto, puede ser invocado frente a cualquier disposición nacional no conforme con sus determinaciones<sup>62</sup>.

## 5. BREVE APUNTE SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES DEL TJUE

Las sentencias interpretativas del TJUE tienen efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial que ha de atenerse al criterio del Tribunal comunitario y en su virtud aplicarlo para cerrar el razonamiento jurídico que permita la resolución final del asunto planteado.

Procede además advertir, que a diferencia de otros efectos predicables de las sentencias del Tribunal Supremo o de las del Tribunal Constitucional, la interpretación que finalmente concrete la sentencia del TJUE por la vía del artículo 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no tiene efectos de cosa juzgada<sup>63</sup> sino de cosa interpretada por vía prejudicial pero de manera objetiva y abstracta<sup>64</sup>.

Sus efectos son *erga omnes* y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria<sup>65</sup> desde que la norma —en el caso estudiado, la Directiva autorización— entró en vigor. Y tales efectos se predicen respecto a todo aquél que pretenda basarse en la Directiva rectamente interpretada con independencia del Estado que pudiera haber sido parte en el proceso ante el Tribunal de Luxemburgo, pues tanto las Directivas como la doctrina que resulta de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen un valor preeminente sobre cualquier otro cuerpo legal o jurisprudencial interno<sup>66</sup>, lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos internos.

Sobre los particulares efectos de las sentencias resolviendo cuestiones prejudiciales de interpretación, aclara y precisa CIENFUEGOS MATEO<sup>67</sup>, que existe

62. Apartado 4.1.

63. Entre otros, A. KOHL, «Note sous l'arrêt Defrenne», *Rev.cri.jurb.*, 1977, páginas 231 y 235.

64. J. BOULOUIS, «À propos de la fonction normative de la jurisprudence». *Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice de Communautés européennes*, *Mélanges Marcel Waline*, 1974, páginas 144 y ss.

65. En cuanto que se trata de un acto jurisdiccional, su fuerza es vinculante no ejecutiva, puesto que no se trata de una sentencia de condena capaz de poner en marcha un aparato coactivo para obligar al sujeto incumplidor. Vid. a propósito de las diferencias apuntadas el estudio de BEBR, G.: *Development of Judicial Control of the European Communities*, La Haya, ed. Martinus Nijhoff, 1981, páginas 10, 408-409 y 450.

66. FALCÓN Y TELLA, Ramón, en su prólogo a la recopilación comentada de los profesores CAAMAÑO y CALDERÓN, de *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 1992-1995*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, página 29.

67. Por todos, vid. CIENFUEGOS MATEO, M., *Las Sentencias Prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 1998.

consenso en la doctrina comunitaria y en las jurisdicciones nacionales, en afirmar que la sentencia prejudicial es un acto jurisdiccional vinculante, que las sentencias prejudiciales interpretativas despliegan efectos procesales y materiales. Añade este autor que desde una perspectiva jurídico-procesal, son firmes por naturaleza y carecen de fuerza ejecutiva mientras que desde una perspectiva jurídico-material, son obligatorias para el juez nacional y para cualquier sujeto llamado a aplicar o garantizar la aplicación de la norma interpretada (asuntos *Da Costa* y *C.I.L.F.I.T.*)<sup>68</sup>.

La interpretación constituye una regla jurídica de obligado cumplimiento para cualquier destinatario actual o potencial de la norma interpretada, por lo que su vulneración puede dar lugar a la interposición de recursos internos, y también desencadenar la apertura del procedimiento comunitario de infracción estatal<sup>69</sup>.

De otro lado, la autoridad de las sentencias prejudiciales está regida por sus propias reglas, ampliamente independientes de las categorías preestablecidas en los ordenamientos internos y en el Derecho internacional, y hay que considerar sus peculiaridades para conjugar las exigencias de compromiso entre firmeza (para conseguir la aplicación uniforme del Derecho comunitario) y flexibilidad (para posibilitar un cambio jurisprudencial que permita su adaptación a nuevos tiempos).

## 6. CONCLUSIONES

En el ámbito de las Haciendas locales, las tasas por ocupación del dominio público local a la telefonía móvil, «rebeldes como todas las tasas a cualquier tratamiento normativo» —en expresión de Albiñana<sup>70</sup>—, constituyen en nuestros días una fuente de excesiva litigiosidad tributaria. A nuestro modo de ver, entre los muchos argumentos que cabe alegar por parte de los operadores afectados hay uno que resulta determinante y es la afirmación de que las tasas no son conformes con el Derecho comunitario.

Si a tal conclusión llega el Tribunal Supremo a resultas de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá modificarse la regulación de las ordenanzas municipales ajustándose a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictadas en el año 2002.

68. Asuntos *Da Costa*, C-28-30/62, STJCE de 27 de marzo de 1963, y *C.I.L.F.I.T.*, C-283/81, STJCE de 6 de octubre de 1982. Vid. PESCATORE, P, «L'interprétation du Droit communautaire et la doctrine de l'acte clair», *Bulletin des Juristes Européens*, núm. 33-34/1971, páginas 49-72.

69. CIENFUEGOS MATEO, M., *op. cit.*, página 601.

70. Explica ALBIÑANA que las tasas no son concebibles como un apéndice de la regulación de determinadas prestaciones o actuaciones de las administraciones públicas y que en las tasas se pretende que estén todos los elementos conceptuales propios del tributo como si se tratara de un instituto jurídico con vida propia y sustantiva. Por ello, afirma que «siempre será discutible su marco y conflictivas sus fronteras con otras prestaciones de naturaleza coactiva». Vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, *op. cit.*, página 2233.

Consideramos que, de una vez por todas, deben promoverse las reformas normativas necesarias que acaben con el elevado grado de conflictividad en este tema. La naturaleza de la actividad y su regulación comunitaria imponen acudir a una modalidad de tasas que tengan en cuenta exclusivamente el valor o aprovechamiento obtenido de los bienes de dominio público por los operadores que obtienen su uso y con criterios sencillos, estables, transparentes y absolutamente predecibles, que permitan a las empresas del sector desarrollar sus inversiones y planificar su actividad sobre bases claras y dotadas de seguridad jurídica.

Si el legislador quiere llevar más allá la imposición municipal sobre la actividad de las compañías operadoras de telefonía móvil, habría que pensar en la vía impositiva, que se adapta mucho mejor al gravamen de la actividad, a la consideración del volumen de negocio o a otros parámetros que poco tienen que ver con el uso del dominio público. Tal vez para ello pudiera acudirse a la reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas, que se liquida y distribuye de modo menos problemático y de forma más sencilla.