

Expte. 370/00

Barcelona, 20 de diciembre de 2000.

El Consell Tributari, reunido en sesión celebrada el día de hoy, ha adoptado el siguiente acuerdo:

En relación con la petición de informe sobre diversas cuestiones relativas a la tributación de la Compañía Telefónica y otros operadores de telecomunicaciones, solicitado por el concejal presidente de la Comisión de Presidencia y Hacienda, se formulan las siguientes consideraciones:

1.- Cuestiones planteadas.

a) El procedimiento para comprobar la facturación de la Compañía Telefónica a efectos de la cuantía de la tasa por el aprovechamiento del vuelo, el suelo y el subsuelo de las vías públicas, habida cuenta la incomprensible disminución producida el último año en Barcelona (-11%) en relación a la facturación total (-1%).

b) La Ley 15/1987, de 30 de julio, de tributación de la Compañía Telefónica fue desarrollada por el Real Decreto 1334/1998, de 4 de noviembre. El artículo 2 de este Real Decreto establece como uno de los componentes de los "ingresos brutos", los obtenidos por los servicios de telefonía móvil. Habida cuenta que de la comparación de los datos declarados por la Compañía con los que figuran en sus memorias se constata que la Compañía Telefónica no ha integrado los ingresos de la telefonía móvil en las declaraciones de la facturación a efectos de la compensación del 1,9%, ¿cuál sería el mejor procedimiento para recurrir las declaraciones de Telefónica?.

c) La sujeción al régimen de tributación establecido por la Ley 15/1987 de las empresas del Grupo Telefónica a favor de las cuales se transmitió la concesión de alguno de los servicios establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y la Compañía Telefónica de 26 de diciembre de 1991.

d) La determinación de la cuantía de la tasa en el caso de otros operadores de telecomunicaciones, tanto si utilizan la infraestructura propia como si utilizan las líneas de otro operador.

e) La posibilidad de utilizar en algunos casos el sistema general del art. 24. de la Ley 39/1988 para cuantificar el importe de la tasa.

2.- Normativa reguladora.

La Ley 15/1987, de 30 de julio, estableció el régimen especial de tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España, en sustitución del contenido en el contrato celebrado por el Estado con dicha Compañía en virtud de la autorización concedida por el art. 3º de la Ley de 31 de diciembre de 1945, aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946, el cual queda expresamente derogado.

Dicha Ley 15/1987 ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, y complementada por el artículo 21.5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en el que se dispone que las referencias a la Compañía Telefónica Nacional de España contenidas en dichas normas "se entenderán realizadas a la empresa del "Grupo Telefónica" a la que en su caso le haya sido o le sea transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de fecha 26 de diciembre de 1991", quedando "sometidas al régimen general de los tributos locales" las restantes empresas del Grupo, incluida Telefónica, S.A.

Dicho contrato, "regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España, Sociedad Anónima", fue publicado en el BOE de 23 de enero de 1992 por resolución del Subsecretario del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de fecha 14 de enero de 1992.

La cláusula tercera de este contrato enumera los servicios finales y portadores de telecomunicación cuya gestión en régimen de monopolio se otorga a Telefónica sin perjuicio de su adaptación a la normativa comunitaria o, en su caso, la legislación española, estando expresamente previsto en la cláusula decimotercera del mismo "la cesión total o parcial del contrato" previa autorización del Gobierno, de

conformidad con el art. 234 del Reglamento de contratos del Estado, así como la posibilidad de que el concesionario que ha de llevar la gestión del servicio en forma total y directa pueda, de conformidad con el art. 82 de la Ley de Contratos del Estado, "concertar con terceros la gestión de prestaciones accesorias, quedando aquellos obligados frente al concesionario principal, único responsable ante la Administración de la prestación del servicio", subcontratos que habrán de ser autorizados, en su caso, por el delegado del Gobierno.

Finalmente, por resolución de 10 de mayo de 1999 de la Secretaria General de Comunicaciones, el BOE de 26 de mayo de 1999 publicó el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998, que autoriza a Telefónica, S.A. (antes Telefónica de España, S.A.), a ceder los títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones básicas a su compañía filial Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A., dentro del proceso de reestructuración organizativa que deriva del nuevo contexto liberalizado, caracterizado por la creciente diversificación de los servicios de telecomunicaciones y de los operadores especializados en su prestación.

3.- Régimen tributario especial.

El régimen tributario especial de la Compañía Telefónica Nacional de España, establecido por la Ley 15/1987 y disposiciones de desarrollo, quedó limitado a partir de la citada Ley al mantenimiento de una exacción sustitutoria de las deudas por tributos locales, excluidas la contribución territorial urbana y la contribución territorial rústica y pecuaria, que correspondiesen a esta Compañía, consistente en un 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal, y en un 0,1 por 100 de los que obtenga en cada demarcación provincial, respectivamente, de periodicidad anual, y que "será satisfecha trimestralmente por la Compañía Telefónica Nacional de España a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales en la forma que reglamentariamente se determine"

Dicha compensación, no podrá ser repercutida a los usuarios de los servicios que preste la Compañía Telefónica Nacional de España, si bien su importe tendrá la consideración de gasto necesario para la obtención de ingresos de dicha Compañía (arts. 3, 4 y 5, Ley 15/1987). Los porcentajes de la compensación podrán ser modificados anualmente por la Ley de presupuestos generales del Estado (disposición adicional 2ª,

Ley 15/1987), y la exacción "surtirá efectos automáticamente en todo el territorio nacional y respecto de la totalidad de entidades locales, sin necesidad de que éstas adopten acuerdo alguno ni aprueben la correspondiente ordenanza fiscal" (disposición adicional 7ª, Ley 15/1987).

La base de esta exacción se regula en el art. 2º del Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, que enumera los conceptos que integran los "ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga (la Compañía) en cada término municipal (o demarcación provincial" a que se refiere el artículo 4 de la Ley, y que aquí se denominan "ingresos brutos de explotación".

La liquidación y pago de dicha exacción es objeto de regulación en el artículo 3º de esta norma reglamentaria, que atribuye la competencia para el cobro a la Caja de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (art. 3º, apartado 5, RD 1334/1988), y que reserva a "los servicios competentes del Ministerio de Economía y Hacienda...la comprobación e inspección de cuentas elementos se regulan en el presente Real Decreto en orden a la cuantificación y pago de la compensación a que se refiere el artículo 1º".

4.- Procedimiento de comprobación.

Dejando al margen cualquier tipo de consideraciones respecto a la coherencia y viabilidad de la pervivencia del régimen tributario especial a que se ha hecho referencia, conviene señalar:

En primer lugar, que la exacción compensatoria de la Ley 15/1987 no sólo sustituye a la tasa por aprovechamiento del vuelo, suelo o subsuelo del dominio público, que actualmente regula el art. 24 de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, sino también a los restantes tributos locales excluidos el impuesto sobre bienes inmuebles (antes contribuciones territoriales urbana y rústica y pecuaria).

En segundo lugar, que dicha exacción constituye un tributo de titularidad local, "que será satisfecho trimestralmente por la Compañía Telefónica Nacional de España a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales en la forma que reglamentariamente se determine" (art. 4, Ley 15/1987), sin necesidad de que éstos

adopten acuerdo alguno ni aprueben la correspondiente ordenanza fiscal (disposición adicional 7ª, Ley 15/1987).

Ahora bien, la forma en que se ha regulado reglamentariamente la "satisfacción" trimestral de dicha compensación "por la Compañía Telefónica Nacional de España a los Ayuntamientos y Diputaciones", consiste en la previa centralización de tales ingresos, a realizar mediante la autoliquidación correspondiente, en la Caja de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y posterior distribución a cargo de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales (art. 3º, apartados 5 y 6, Real Decreto 1334/1988). Regulación que implica una atribución indirecta de la titularidad de la gestión de dicho tributo local por vía reglamentaria a la Administración del Estado.

Coherente con este planteamiento, la disposición adicional 5º del mismo Real Decreto 1334/1988 establece que la comprobación e inspección de la citada compensación será llevada a cabo por "los servicios competentes del Ministerio de Economía y Hacienda".

A este respecto, es preciso señalar ante todo que resulta irregular o, al menos, dudosa la atribución al Estado por vía reglamentaria de la gestión, recaudación, comprobación e inspección de un tributo o exacción compensatoria de titularidad local. Dichas facultades corresponden en principio a los entes locales porque así lo establece el artículo 133 de la Constitución, que reconoce el poder tributario local, salvo que una ley del Estado establezca lo contrario como ocurre en los casos de gestión compartida (impuesto sobre bienes inmuebles e impuesto sobre actividades económicas). Y así se desprende también con carácter general de los artículos 12 y 7 de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales. Por tanto, habría que entender en este caso que el Estado actúa en esta materia por cuenta de los entes locales, verdaderos titulares de las potestades de gestión, recaudación, comprobación e inspección.

En consecuencia, la posición de los Ayuntamientos, titulares de los tributos cuyo régimen especial se regula en estas normas y cuya gestión se reserva el Estado por vía reglamentaria, siempre y cuando dicha reserva sea considerada conforme a los principios de legalidad tributaria y de autonomía local, es cuando menos la de titulares de un interés legítimo en relación con dicho procedimiento, dada su doble condición de

titulares jurídicos del tributo objeto de comprobación y destinatarios finales de las cantidades recaudadas.

Los Ayuntamientos ostentan, pues, en el citado procedimiento la condición de interesados, en el sentido del artículo 31.1, letras b) y c), de la Ley 30/1992, sin que para ello sea obstáculo su condición de ente público, o lo dispuesto en la disposición adicional 5ª de la Ley 30/1992, que sólo se refiere a las normas procedimentales y no impide la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 en el ámbito tributario.

Los Ayuntamientos podrán, por tanto, instar de la Administración del Estado los respectivos procedimientos e intervenir en los mismos, personándose y solicitando que se les dé cuenta de su estado y tramitación.

Consecuentemente, como destinatarios de la autoliquidación tributaria de referencia, los Ayuntamientos podrán instar de la Administración del Estado la comprobación de dicha autoliquidación. Tal comprobación tendrá carácter preceptivo, si se entiende que la Administración estatal actúa en esta materia por cuenta de los entes locales, y determinará la responsabilidad de la Administración del Estado si la solicitud del ente local se encuentra suficientemente motivada. En cualquier caso, la actuación de la Administración del Estado será revisable en vía contencioso-administrativa.

Todo ello, sin perjuicio de los derechos de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales respecto a los actos administrativos en que se materialice la entrega de los fondos procedentes de la citada exacción.

5.- Tributación de las empresas del Grupo Telefónica.

El régimen especial establecido por la Ley 15/1987 para la Compañía Telefónica Nacional de España, hoy Telefónica, S.A. y antes Telefónica de España, S.A., resulta aplicable, según el artículo 21.5 de la Ley 50/1998, a "la empresa del Grupo Telefónica a la que en su caso le haya sido transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de 28 de diciembre de 1991. En tal caso, la compensación anual prevista en el artículo 4 de la citada Ley 15/1987 tendrá como base los ingresos procedentes de la facturación de la mencionada empresa; las restantes empresas del

Grupo, incluida Telefónica, S.A., quedan sometidas al régimen general de los tributos locales".

Por consiguiente, este precepto une la titularidad de la concesión de 1991 con la aplicación del régimen especial previsto en la Ley 15/1987, de modo análogo a lo que ocurría con anterioridad a la citada Ley, donde el régimen especial no aparece directamente vinculado a la concesión administrativa.

Por tanto, la aplicación del citado régimen especial exige el análisis del mencionado contrato de concesión y de su evolución posterior, ya que la cláusula 13ª del mismo prevé expresamente la posible cesión total o parcial del contrato, según se ha indicado anteriormente, previa autorización del Gobierno, de conformidad con el art. 234 del Reglamento de contratos del Estado. Cesión parcial que ya ha sido autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998 a favor de Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones de España, S.A., empresa filial de Telefónica, S.A., a quien se conceden los títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones básicas. Es, pues, evidente que el régimen especial de la Ley 15/1987 resulta aplicable en principio tanto a Telefónica, S.A. como en su momento a Telefónica, Sociedad Operadora de Servicio de Telecomunicaciones de España, S.A.. No así a las restantes empresas del Grupo, salvo que efectivamente tengan cedida total o parcialmente la concesión.

El contrato de concesión de 1991 prevé también la posibilidad de que el "concesionario principal" pueda concertar con terceros la gestión de prestaciones accesorias, quedando aquellos obligados frente al concesionario principal, único responsable ante la Administración de la prestación del servicio", previa autorización, en su caso, del delegado del Gobierno, de conformidad con el art. 82 de la Ley de contratos del Estado.

En estos casos, no obstante el equívoco que produce la referencia al concesionario como "concesionario principal", entendemos que no se da una transmisión total o parcial de la concesión, por lo que el mencionado régimen especial no resulta aplicable a los terceros subcontratistas, en la medida en que sólo se refiere a prestaciones accesorias y se tiene previsto un diferente régimen de autorización.

Finalmente, en cuanto a la base de la exacción compensatoria prevista en la Ley 15/1987, el art. 2 del Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, incluye entre los "ingresos brutos de explotación" procedentes de la facturación de Telefónica los obtenidos por "servicios móviles, terrestres y marítimos" (art. 2º.1 letra c), servicios que aparecen, asimismo, incluidos dentro de la enumeración de "servicios concedidos" que comprende la cláusula 3ª del contrato de concesión de 1991. En consecuencia, no existe a nuestro juicio fundamento jurídico para excluir tales ingresos de la base de cálculo de la exacción compensatoria que regula la Ley 15/1987.

6.- Tributación de otros operadores de telecomunicaciones.

El resto de los operadores de telecomunicaciones, esto es, la totalidad de los mismos a excepción de las empresas del Grupo Telefónica titulares de la concesión de 1991 en los términos que acaban de ser expuestos, quedan asimismo sujetos al régimen fiscal general que regula la Ley 39/1998, dada la ausencia de disposiciones específicas que excepcionen o modifiquen dicho régimen general.

Este régimen general supone la sujeción a la tasa prevista en el artículo 24.2 de la Ley 39/1988 en la medida en que las empresas afectadas cumplan los requisitos que allí se indican, esto es, que el aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales se produzca a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

Dicho aprovechamiento especial se produce a nuestro juicio con independencia de que la empresa suministradora sea o no propietaria de la red a través de la cual se realiza el suministro, contrariamente a lo que entiende la Subdirección General de Tributos Locales (Consulta de 1 de febrero de 2000, en la que se recoge la línea sentada en consultas anteriores).

En primer lugar, porque exigir la propiedad de la red significa añadir un requisito no previsto en la Ley, lo que vulnera el principio de legalidad tributaria; y en segundo lugar, aunque no menos importante, porque el aprovechamiento especial que se grava no es cualquier ocupación de suelo público, sino el que tiene lugar por prestación de un servicio de suministro a través del suelo público, y es inescindible de la existencia de dicho suministro. Así lo confirma el hecho de que la base de cuantificación de dicho

aprovechamiento sea la facturación de la empresa suministradora, facturación que constituye la medida de la utilidad derivada del aprovechamiento especial y que alude directamente a la intensidad del uso.

Ciertamente, como reconoce la Administración del Estado en las consultas antes mencionadas, la regulación de esta tasa en la Ley 39/1988 procede de un contexto jurídico y económico muy diferente del actual. Y probablemente sería conveniente su revisión para evitar excesos de gravamen, regular situaciones intermedias no previstas y, en definitiva, aumentar la seguridad jurídica. Pero esta reflexión no modifica la vigencia ni impide la aplicación actual de la norma, debiéndose recordar, además, que no es la situación de monopolio la que está en el origen de este precepto sino la complejidad de gestión de la tasa de que se trata.

7.- El recurso al artículo 24.1, párrafo tercero, de la Ley 39/1988.

El artículo 24.1, párrafo primero, de la Ley 39/1988 constituye el régimen general de común aplicación a la tasa por ocupación del dominio público local, que sólo es aplicable en defecto de que proceda utilizar el régimen especial previsto en el párrafo tercero de dicho artículo 24.1. Por tanto, las empresas suministradoras de servicios sólo estarán sujetas a dicho régimen general o común en la medida en que no cumplan los requisitos, especialmente el de afectar a la totalidad o a la mayoría del vecindario, que establece el art. 24.1, párrafo tercero.

Ambos regímenes son alternativos e incompatibles entre sí, pero no tienen carácter opcional ni para los administrados ni para la Administración, estando su procedencia debidamente reglada en la Ley 39/1988, sin perjuicio de la existencia de un fundamento jurídico común, a saber, la ocupación efectiva del dominio público local; ocupación que equivale a la prestación efectiva en el caso de las tasas por prestación de servicios, y que en el caso de las empresas explotadoras de suministros se produce, como se ha indicado anteriormente, por la realización del suministro a través del dominio público local.