

**INFORME RELATIVO A LA INCIDENCIA DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS DE 12 DE JULIO DE 2012
(ASUNTOS PREJUDICIALES ACUMULADOS C- 55/11, C-
57/11 Y C -58/11) EN LAS ORDENANZAS LOCALES
APROBADAS CONFORME A LA PROPOSTA DE
REDACCIÓ PER A LA SUBMISSIÓ DE LES EMPRESES
EXPLOTADORES DE SERVEIS DE TELEFONIA MÒBIL
A LA TAXA PER UTILITZACIÓ PRIVATIVA O
APROFITAMENT ESPECIAL DEL DOMINI PÚBLIC
LOCAL DEL CONSORCIO LOCALRET**

El Consorcio local Localret, aprobó en su momento una “Proposta de redacció per a la submissió de les empreses explotadores de serveis de telefonia mòbil a la taxa per utilització privativa o aprofitament especial del domini públic local”, que sirvió de base para que algunos municipios adheridos al mismo dictaran las correspondientes Ordenanzas y las liquidaciones de ellas derivadas.

Las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil impugnaron dichas Ordenanzas ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC en adelante) y las liquidaciones correspondientes ante los Juzgados de lo contencioso y, en apelación, ante el mismo TSJC, que a través de sucesivas sentencias convalidaron la legalidad de las mismas. Planteado ante el Tribunal Supremo el primero de los recursos de casación, respecto a la Sentencia 777/2005, de 30 de junio, que convalidó la legalidad de la Ordenanza dictada por el Ayuntamiento de Badalona, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009, lo desestimó, en lo que parecía una decisión llamada a consolidar el modelo de gravamen resultante de la propuesta de Ordenanza del Consorcio Localret.

No obstante, siguiendo una estrategia procesal perfectamente descriptible y que no resultaría difícil calificar, las operadores de telecomunicaciones trasladaron el debate

procesal a otras regiones, impugnando Ordenanzas de pequeños y medianos municipios, que no siempre disponían de una adecuada defensa jurídica, lo que motivó toda una serie de pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia, en sentidos muy diversos, pero todavía favorables en su mayoría a la legalidad de las tasas por ocupación del dominio público local de las empresas de telefonía móvil, con independencia de que fueran, o no, propietarias de redes tendidas en el dominio público local de que se tratara.

Continuando con la misma estrategia procesal, incluso en supuestos en que se habían estimado sus pretensiones, proclamando la nulidad del método de cuantificación de la Tasa previsto en las Ordenanzas impugnadas, los operadores de telecomunicaciones interpusieron recursos de casación ante el Tribunal Supremo respecto a dos Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y una del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, solicitando a la Sala Tercera del Tribunal Supremo el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) de cuestión prejudicial. Pues bien, como es conocido, la tramitación de dichos recursos fue suspendida dado que la citada Sala del Tribunal Supremo, mediante tres Autos de 29 de noviembre de 2009, en el marco de recursos de casación interpuestos por Vodafone España, S.A. (Vodafone en adelante) y por France Telecom España, S.A. había planteado al TJUE tres preguntas prejudiciales, relativas a la interpretación de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) y, en particular, de la previsión contenida en su artículo 13 respecto a los cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos.

En concreto, el Tribunal Supremo, con arreglo a lo previsto en el artículo 269 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”), planteó las siguientes preguntas prejudiciales:

- (i) *¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las*

empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

- (ii) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?*
- (iii) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?*

Pues bien, en su Sentencia de 12 de julio de 2012, el TJUE ha dado las siguientes respuestas:

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

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

A la vista de tales respuestas, me corresponde informar sobre la incidencia del citado fallo en el modelo de Ordenanza del Consorcio Localret, a cuyos efectos hemos de hacer referencia a los siguientes aspectos:

1. IMPOSIBILIDAD DE GRAVAR A LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES QUE NO SEAN TITULARES DE RED EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE L MUNICIPIO.

El primero de los pronunciamientos del TJUE es absolutamente concluyente y, por mucho que se esté en desacuerdo con él, impide la aplicación de la tasa contemplada en el modelo de Ordenanza Fiscal a las empresas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas móviles sin ser titulares de redes en los respectivos términos municipales de los Ayuntamientos que las hayan adoptado. En efecto, pese a la abundante jurisprudencia menor que había convalidado la posibilidad de sujetar a las tasas sobre telefonía móvil a quienes se aprovechaban del dominio público municipal, aunque no fueran titulares formalmente de redes en él tendidas (a título de ejemplo, entre otras muchas, pueden citarse las Sentencias del TSJC 777/2005, de 30 de junio, 699/2008, de 26 de junio, 839/2008, de 30 de julio y 841/2008, de 1 de septiembre; del de Extremadura 437/2009, de 28 de mayo y 552/2009, de 18 de junio; del de La Rioja 185/2009, de 3 de julio, 79/2009, de 12 de marzo y 245/2009, de 10 de junio; del de Madrid 1303/2009, de 19 de junio y 1499/2009, de 29 de octubre y del de Castilla-La Mancha 751/2010, de 29 de noviembre y 767/2010, de 20 de diciembre), lo cierto es que ello no es posible a partir del pronunciamiento del TJUE.

Como carecería de sentido pretender discutir ante los Tribunales españoles la doctrina establecida por el TJUE, lo cierto es que la propuesta de Ordenanza de Localret y las Ordenanzas aprobadas por diversos municipios conforme a ese modelo se verán irremediamente afectadas. Porque a pesar de que en dicha propuesta de Ordenanza no se hiciera referencia expresa a las operadoras de telecomunicaciones móviles que no eran titulares de redes, lo cierto es que estaba pensada para su aplicación tanto a ellas como a las entidades propietarias de redes físicas tendidas en el dominio de los municipios que la implantaran. De ahí que deba quedar meridianamente claro que a partir de la Sentencia del TJUE no es legalmente posible exigir a las empresas de telecomunicaciones móviles que no dispongan de redes tendidas en el dominio público local de un municipio la tasa que aquí interesa. Dicho con otras palabras, sólo resultará posible la exigencia de dicha tasa si las empresas de telecomunicaciones disponen en el municipio de que se trate de redes propias, tendidas en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

No obstante, pese a que el fallo del TJUE sea concluyente respecto a la imposibilidad de exigir la tasa a las empresas que no son titulares de redes instaladas en el término municipal de los Ayuntamientos que la hayan establecido, de ello no se deriva necesariamente la nulidad de las Ordenanzas conformes al modelo propuesto por

Localret, sino sólo de aquellos aspectos que son incompatibles con el pronunciamiento del TJUE. En este sentido, en virtud del principio de conservación de los actos y disposiciones impugnados, en todo aquello que no sea nulo y pueda resultar de aplicación prescindiendo de las disposiciones que se declaren nulas, puede mantenerse que serán nulas por resultar incompatibles con el ordenamiento comunitario sólo y exclusivamente aquellas disposiciones o incisos de las Ordenanzas en que se hiciera abstracción de la titularidad de las instalaciones o redes tendidas en el dominio público municipal, considerándolas ajustada a la legalidad en todo lo demás. De este modo, la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 sólo sería relevante en lo que se refiere al gravamen de las empresas que no siendo titulares de las instalaciones o redes tendidas en el dominio público municipal las utilizan o se interconectan con ellas, haciendo imposible su sometimiento a las tasas que nos ocupan.

En definitiva, lo único que resulta necesario y pertinente para llevar a su debido efecto la Sentencia de 12 de julio en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, serían las referencias que las Ordenanzas eventualmente hagan al gravamen de las entidades no titulares de las redes tendidas en el dominio público local. Y lo cierto es que en la propuesta de Localret no se hacía ninguna referencia de ese estilo, por lo que no tendría por qué verse afectada. Ahora bien, es posible que en las concretas Ordenanzas de cada Ayuntamiento, pese a que hayan tomado como modelo la propuesta de Localret, si se contuviera alguna referencia a las entidades no titulares de redes. Así sucede, por ejemplo, en la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona, que podemos tomar como modelo y en la que únicamente procedería anular la referencia del artículo 3 de la Ordenanza a la aplicación de la tasa *“tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen o se presten los servicios de comunicaciones, como si, no siendo titulares de dichas redes, hacen uso, acceden o se interconectan a estas redes”*. En efecto, declarando la nulidad de dicho inciso, quedaría claro que la tasa sólo se aplica, conforme exige la Sentencia del TJUE, a quienes son titulares de las redes a través de las cuales se efectúan o prestan los servicios de comunicaciones electrónicas móviles. Y es muy importante resaltar que no hay en la Ordenanza impugnada ninguna otra referencia a los sujetos que prestan servicios de telecomunicaciones electrónicas móviles sin ser titulares de las correspondientes redes o infraestructuras, por lo que el principio de conservación de los actos y disposiciones debería imponerse.

Es este un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico. Así, se habla de un principio de conservación del contrato (*favor contractus*), del negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*); de un principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin, de un principio de conservación de la norma jurídica. Con otras palabras, nos encontramos ante un auténtico principio general del derecho, que tiende a proporcionar a todo acto o disposición su máximo significado útil. Un principio del que parece haber hecho aplicación, respecto al problema que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012, (Recurso nº 861/2009), que estima parcialmente el recurso contencioso y anula sólo en parte la Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela, por ser contraria al ordenamiento comunitario, manteniendo la vigencia de aquellos preceptos que no se referían al gravamen de quienes no eran titulares de redes tendidas en su dominio público local.

En este sentido, es fundamental poner de manifiesto que ninguna otra de las disposiciones de la propuesta de Ordenanza de Localret, al menos tal y como ha sido adoptada por el Ayuntamiento de Barcelona, están afectados por el vicio de nulidad que resulta de la contradicción con el ordenamiento comunitario. Y no sólo eso, sino que los restantes preceptos de la ordenanza no dependen en absoluto para su aplicación del único inciso que debería ser anulado, lo que permitiría que la disposición de que se trata produjera todos sus efectos siendo plenamente conforme a la legalidad una vez que se reparase el vicio de que adolecía mediante la anulación del inciso referido de su artículo 3. En definitiva, para dar su efecto útil al Derecho comunitario aplicable y a la Sentencia del TJUE no sería necesario, ni pertinente, anular la totalidad de la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona, sino sólo interpretarla conforme a las exigencias de dicho ordenamiento, de modo que quede establecida la improcedencia de gravar a las empresas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas móviles sin ser titulares de las redes tendidas en el dominio público, permitiendo al tiempo el gravamen, conforme al régimen previsto en el TRLRHL y la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de aquellas empresas que prestando servicios de telefonía móvil dispongan de redes tendidas en el dominio público local del Ayuntamiento de Barcelona.

Naturalmente, lo dicho respecto a esa Ordenanza que hemos tomado como ejemplo, puede ser distinto para las Ordenanzas de otros municipios de Localret que

hubieran adoptado Ordenanzas conforme a su propuesta pero haciendo mayores referencias al gravamen de las empresas que sin ser titulares de redes acceden a las mismas en virtud de derechos de acceso o interconexión. Por razones obvias, no podemos entrar en el análisis de la totalidad de los casos, sino sólo señalar que el principio guía debe ser el de eliminar las referencias que en cada Ordenanza pudieran contenerse al gravamen de las empresas que no sean titulares de redes tendidas en el dominio público local del municipio de que se trate.

2. EL RÉGIMEN DE CUANTIFICACIÓN DE LA TASA Y EL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 13 DE LA DIRECTIVA AUTORIZACIÓN.

Pese a que las partes que solicitaron el planteamiento de las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en su Sentencia de 12 de julio de 2012, discutían el cumplimiento por parte de las Ordenanzas impugnadas en el litigio principal de los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que formula el artículo 13 de la Directiva de autorización, que se establecen en sus mismos términos en el artículo 49 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel en adelante), el TJUE no se ha pronunciado a ese respecto.

Incurriendo en un manifiesto error de apreciación, que demuestra que nunca llegó a comprender el problema jurídico que se le planteaba, el TJUE renunció a abordar esta cuestión y descartó pronunciarse sobre el cumplimiento de las exigencias de proporcionalidad, en relación con el método de cuantificación de la tasa discutida, al entender que no era necesario. Es esta una cuestión en que las Ordenanzas a que se referían las cuestiones prejudiciales diferían sensiblemente de la propuesta por Localret, pues su régimen de cuantificación tenía características en apariencia bien diversas. Sin embargo, la discusión sobre el régimen de cuantificación continúa abierta y sobre ella han incidido las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2010, en que puede leerse literalmente lo que sigue:

"Queda por resolver la cuestión relativa a si la tasa es discriminatoria y desproporcionada para los operadores de telefonía móvil. Esta Sala formuló la cuestión al Tribunal de Justicia, aunque de forma subsidiaria para el caso de que se estimara conforme a la Directiva que era susceptible de la tasa la utilización de redes ajenas. Como dicho Tribunal consideró que dicho establecimiento de la tasa no era conforme al Derecho europeo, no estimó necesario resolver la

segunda cuestión. Sin embargo, esta Sala en su sentencia de esta misma fecha relativa a la misma Ordenanza resolvió en sentido anulatorio del art. 4, con base en los siguientes fundamentos:

<<"Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso".

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

Pese a que las Ordenanzas sobre las que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo sean distintas, en cuanto al régimen de cuantificación, de la propuesta de Localret, lo cierto es que su pronunciamiento es contundente y de él se desprende un negro futuro para las Ordenanzas que exijan una tasa por utilización del dominio por

parte de la empresas de telefonía móvil que tenga en cuenta magnitudes relacionadas con los ingresos, como son las del modelo propuesto por Localret.

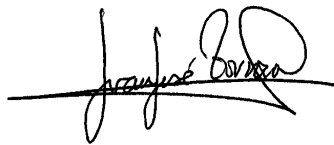
La doctrina establecida por el Tribunal Supremo y que se acaba de transcribir resulta de una pasmosa inconsistencia por muy diversas razones y, entre ellas, porque: i) sacraliza la opinión expuesta en sus conclusiones por la Abogada General, cuando lo cierto es que el TJUE no quiso asumirlas y renunció a entrar en el debate de la proporcionalidad, sobre el que podía perfectamente haberse pronunciado; ii) interpreta de forma sesgada el artículo 13 de la Directiva de autorización, que refiere la proporcionalidad al fin previsto, que no es sólo, como se quiere entender, el mejor uso de los recursos, sino también el de proporcionar una compensación adecuada a los entes públicos por el uso de su dominio público local, que es un recurso escaso; y iii) el Tribunal Supremo cambia radicalmente su anterior doctrina en la materia, prescindiendo de la doctrina expuesta en su anterior Sentencia de 16 de febrero de 2009 y en las anteriores de 9 (RJ 2005\6821), 10 (RJ 2005\5305) y 18 (RJ 2005\5972) de mayo de 2005, que establecieron doctrina legal.

Dado que el artículo 13 de la Directiva de autorización tienen efecto directo, según ha señalado el TJUE, la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Supremo en cuanto a una tasas semejante a la que os ocupa, aunque difiera en su técnica de cuantificación, obliga a ser realistas y entender que el modo de cuantificación de la propuesta de Ordenanza de Localret tiene muy pocas posibilidades de ser considerado conforme al ordenamiento comunitario. Por ello, incluso considerando que sigue siendo posible el gravamen de los operadores de telefonía móvil que sean titulares de redes tendidas en el demanio de los municipios impositores, no es recomendable que se les continúe exigiendo la tasa conforme a dicho método de cuantificación. Al menos, en tanto el Tribunal Supremo no tenga ocasión de atender a los argumentos que otros municipios están esgrimiendo para hacer valer la anterior doctrina que la Sala tercera había mantenido y que, en nuestra opinión, es plenamente conforme al ordenamiento comunitario.

Porque, prescindiendo de la doctrina anterior del Tribunal Supremo, en sus recientes Sentencias de 10 de octubre de 2012 se comete un grave error al rechazar la cuantificación de la tasa de acuerdo a parámetros relacionados con los ingresos, ya que la propia Directiva de autorización los admite de forma implícita. En efecto, las

referencias de la propuesta de Localret a los ingresos medios por abonado y al número de abonados, nos sitúa en las proximidades del volumen de negocio o facturación de la empresa en el término municipal por servicios minoristas, lo que constituye un criterio proporcionado según la propia Directiva de autorización, cuando señala que “*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...*” (Considerandos trigésimo y trigésimo primero -los subrayados son nuestros-). De ahí que si el artículo 13 de la Directiva de autorización ordena tener en cuenta en la imposición de los cánones/tasas a que se refiere el principio de proporcionalidad, esta última debe aparecer ligada al “*valor del bien cuyo uso se otorga*”, justamente en el mismo sentido que traza tanto el artículo 24.1.a) del TRLRHL como el artículo 49.3 de la LGTel y la propuesta de Ordenanza de Localret que, por ello, en nuestra opinión, debe considerarse conforme a las exigencias de proporcionalidad. Máxime, cuando el Tribunal Supremo ha admitido ya que el valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público local está correlacionado con los ingresos y que ello no supone ningún problema de legalidad, por lo que si se quiere ahora cambiar de criterio se debería hacer de modo expreso y explicando las razones que llevan a contradecir una doctrina legal hasta ahora indiscutida.

Tal es nuestro parecer que de antemano sometemos a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Madrid, a 30 de octubre de 2012.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Zornoza Pérez', with a horizontal line drawn through the middle of the signature.

Prof. Dr. Juan Zornoza Pérez