

**TRIBUTACION LOCAL DE LAS EMPRESAS EXPLOTADORAS DE
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES: LAS TASAS POR
UTILIZACION PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL
DOMINIO PUBLICO LOCAL**

Pedro BUJIDOS GARY
Concejal de Hacienda
Ayuntamiento de Madrid

Enero de 2001

I.- INTRODUCCION. EL REGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS EXPLOTADORAS DE SERVICIOS

La utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público, que secularmente ha sido contemplada como tasa, queda enmarcada como recurso no tributario, en el ámbito de una nueva categoría financiera, el **precio público**, por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en lo que a la esfera local se refiere, y por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en lo que concierne al ámbito estatal.

Esta polémica categoría, cuyo propósito era dotar *«al régimen financiero municipal de mayor dinamismo y de una capacidad de adaptación a la realidad económica»*, fue objeto de una fuerte contestación por un importante sector de la doctrina científica, para quien los precios públicos significaban un retorno a la parafiscalidad y un claro atentado al principio de reserva de Ley.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, de 14 de diciembre declara inconstitucionales determinados preceptos de la Ley 8/1989 relativos a los precios públicos estatales, al estimar que aquellas prestaciones en que no concurre la voluntad de los interesados, el principio de legalidad impone que su establecimiento y la regulación de sus elementos esenciales deban aprobarse por sus representantes, como garantía de autoimposición de la Comunidad sobre si misma y, en última instancia, como garantía de la libertad patrimonial y personal de los ciudadanos.

La novedad de la sentencia reside en que el TC considera que no existe voluntariedad, no sólo en el caso en que existe monopolio de derecho o cuando se impone la solicitud o recepción obligatoria del servicio, sino también cuando no hay concurrencia (monopolio de hecho) o el servicio o actividad que da lugar a la obligación de pago, son imprescindibles para la vida privada o social de los particulares, criterios por los que **estimaré también el Tribunal Constitucional que la utilización del dominio público responde a la categoría de las prestaciones patrimoniales coactivas, que han de plegarse al citado principio de legalidad.**

Aunque la regulación de los elementos esenciales se contenían en la propia Ley, el citado pronunciamiento y la acerada crítica doctrinal llegaron a hacer temer por la sujeción de las empresas explotadoras de servicios al pago del precio público establecido en la misma por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, lo que resultaba exagerado porque la Ley de Haciendas Locales, en cuanto se refiere a dichos precios públicos contenía los elementos suficientes para constreñir las potestades municipales, sin que se pudiera deducir una *renuncia plena del legislador*, contraria al principio de reserva de ley.

La Sentencia 185/1995 no era directamente extrapolable en todas sus consecuencias a las Haciendas Locales, como se ha puesto claramente de relieve por el **Tribunal Constitucional** en su Sentencia 233/1999 de 16 de diciembre en la que confirma la constitucionalidad de los preceptos reguladores de los precios públicos locales, con la única excepción de aquél que permitía exceder en su fijación del coste del servicio, y con la prevención de que el establecimiento de dichos precios por parte de ciertos órganos distintos del Pleno, sólo es constitucional si se interpreta en el sentido de que se refiere a aquéllos que no constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, debiendo, en otro caso, establecerse o modificarse por el Pleno mediante Ordenanza.

La validez desde la perspectiva constitucional de los precios públicos por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local no significa, sin embargo, que estuviera acertado el Legislador de 1988, ya que la incertidumbre jurídica sobre el origen y naturaleza —*ex lege* o *ex contractu*— de la obligación de pago, las dificultades de su delimitación práctica con las tasas, la ausencia de un régimen sancionador, la imposibilidad de utilizar los instrumentos de inspección tributaria, etc, evidenciaban importantes deficiencias en la vertebración de esta categoría financiera, que, lógicamente, no pudieron dejar de desplegar nocivas consecuencias en orden a su exigibilidad.

Todo ello, unido a la conveniencia de uniformar mínimamente el régimen jurídico de este tipo de ingresos, llevó al Legislador, aún antes de dictarse la STC 233/1999, a la modificación de los preceptos relativos a las tasas y los precios públicos locales contenidos en la inicial redacción de la Ley 39/1988, reforma que llevaría a efecto la Ley 25/1998, de 13 de julio, que restituye a su espacio tradicional, como tasa, a las prestaciones exigidas por la utilización o aprovechamiento del dominio público local.

La nueva regulación, fuera del cambio de naturaleza jurídica, no supone importantes innovaciones, situándose en línea con la regulación contenida en la redacción originaria de la Ley de Haciendas Locales, que, en este extremo tampoco

representaba diferencias sustanciales con la legislación precedente. Así, en lo que concierne a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, se mantiene la distinción entre el **régimen ordinario** a que quedan sometidos con carácter general cualesquiera sujetos que ocuparan o utilizaran el dominio público local, y el **régimen especial** a que quedaban sometidas las empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario.

En cuanto a la ordenación del **régimen ordinario**, establece que, para fijar el importe de las tasas por la utilización o aprovechamiento del dominio público local, se tome como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicho aprovechamiento, como si los bienes no fueren de dominio público, pudiendo las Ordenanzas fiscales fijar los criterios y parámetros para definir ese valor.

La fijación de las tarifas correspondientes a la tasa en dicho régimen ordinario se efectúa en el Ayuntamiento de Madrid partiendo del precio de mercado que resulta atribuible al suelo urbano, enmarcadas en las seis categorías que se recogen en el INDICE FISCAL DE CALLES.

Al ser la vía pública un bien de dominio público y encontrarse fuera del mercado, la tasa se fija tomando como referencia los precios de suelo de las parcelas circundantes, aplicando distintos coeficientes según se trate de uso vivienda o uso comercial¹ y procediendo posteriormente a calcular el valor del aprovechamiento, tomando como coeficiente un tipo de interés que será aplicable sobre los valores medios de suelo, dentro de las distintas categorías viales.

Dadas las particularidades y características específicas presentes en cada uno de los diversos aprovechamientos que de la vía pública pueden darse, existen coeficientes correctores para los casos en que no se utilice la vía pública durante todo el día (puestos permanentes o mercadillos) o su aprovechamiento no dificulte la utilización por los particulares (vallas o andamios).

En cuanto se refiere a la tributación en **régimen especial** de las empresas explotadoras de servicios, los antecedentes legislativos se encuentran en el art. 18 del Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre y en el art. 211 del Texto Refundido de

¹ Se toma el valor medio del suelo para uso comercial cuando se utiliza el dominio público con fines comerciales, como ocurre con la instalación de surtidores de gasolina, contenedores para recogidas o depósito de escombros, materiales, residuos, ejercicio de actividades recreativas, instalación de terrazas de veladores, mesas y sillas. Se toma el valor medio del suelo para uso de vivienda cuando se utiliza el dominio público para instalación de vallas y andamios, paso de vehículos y otros usos particulares de los que no se derivan rendimientos por actividades industriales o comerciales.

las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado el 18 de abril de 1986, que permitieron a los Ayuntamientos establecer en su Ordenanza fiscal, la posibilidad de que se concertara con las Empresas explotadoras de servicios la cantidad a satisfacer por los aprovechamientos constituidos en el suelo, vuelo o subsuelo de la vía pública a favor de tales Empresas.

La Orden de 31 de mayo de 1977, dictada en desarrollo del art. 18 del Decreto 3250/76, fija provisionalmente el valor medio del aprovechamiento en el 1,50 por ciento de los ingresos brutos que obtengan las empresas explotadoras de servicios dentro del término municipal, porcentaje que la Ley de Haciendas Locales, tanto para los precios públicos en su redacción inicial, como ahora nuevamente para la tasa, ha reproducido.

Se mantiene así la ficción, observa Catalá², de que la participación en los ingresos brutos es equivalente al valor medio de los aprovechamientos especiales, con la finalidad de cubrir formalmente el principio de reserva de Ley del art. 10 de la Ley General Tributaria, que afecta a los elementos esenciales del tributo.

Dichos preceptos traían causa, a su vez, de lo dispuesto en el art. 448 de la Ley de Régimen Local de 1955⁽³⁾ (copia, igualmente, de lo que en su día

² «La base del cálculo de los precios públicos por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas municipales», RHAL, vol. XXII, nº 64, 1992.

³ Dicho precepto disponía:

«1. Los derechos y tasas por aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de **Empresas explotadoras de servicios que afecten a la generalidad del vecindario de un término municipal o de una parte considerable del mismo**, y en particular, los de abastecimiento de aguas, tranvías urbanos, suministro de gas y electricidad a particulares y teléfonos urbanos, **podrán revestir la forma de participación del Ayuntamiento en los ingresos brutos o en el producto neto de la explotación dentro del término municipal**. En estas participaciones no se comprenderán nunca los reintegros a que se refiere el art. 445.

2. Sin perjuicio de las atribuciones que se conceden al Ministerio de Hacienda en virtud de lo dispuesto en el número cuatro de este artículo, los Ayuntamientos **no podrán establecer cuotas de participación superiores al 1'5 por 100 de los ingresos brutos, ni al 3 por ciento del producto neto**. Dentro de estos máximos, el Ministerio de Hacienda, a petición de las Empresas interesadas, deberá **acordar con carácter general para las que actúen en cada término municipal, descuentos en proporción con el montante del coeficiente de explotación si el reparto se hace sobre los ingresos brutos, o con el de cargas financieras motivadas por instalaciones dedicadas al servicio público dentro del mismo término, si el repartimiento se hiciera sobre el producto neto**.

3. Tanto los Ayuntamientos como las Empresas podrán promover, cada cinco años, la revisión de los tipos de gravamen, siendo nula toda renuncia a este derecho.

4. Si al establecerse o revisarse el tipo de exacción la Empresa considerase excesivo el acordado por el Ayuntamiento, hará presente a la Corporación su discrepancia y las razones en que ésta se funde, aduciendo los datos y estimaciones pertinentes. El Ayuntamiento, a su vez hará constar los fundamentos de su acuerdo y las observaciones procedentes en vista del escrito de la Empresa, y se remitirá al Ministerio de Hacienda el expediente así formado. El Ministro de Haciendas, previos los informes que estime convenientes, resolverá en definitiva. Siempre que el Ministro de Hacienda lo conceptúe conveniente, acordará el aplazamiento de la fijación de los tipos hasta que se conozca el

estableciera el art. 378 del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924), con la única diferencia de que en éstos se autorizaba a que la decisión de sustituir el importe individual de cada uno de los aprovechamientos por una participación en los ingresos de dichas Compañías se adoptase de modo obligatorio por las Ordenanzas fiscales (en vez de por el posterior sistema de concierto).

La existencia de regulación especial o de convenio con las Empresas explotadoras de servicios, o su inexistencia y consecuente sujeción al régimen general, determinaba, pues, la aplicación de las tarifas establecidas individualmente para cada aprovechamiento en la correspondiente Ordenanza fiscal, o el pago global por todos ellos de un porcentaje de los ingresos obtenidos por dichas Empresas.

Como explica E. Vicente Catala⁴, el sistema general de las tasas exigibles por el aprovechamiento del dominio público venía establecido por el art. 446 LRL que tomaba como referencia el valor medio de los aprovechamientos. Aplicar este sistema a las empresas explotadoras de servicios de suministros es muy complejo ya que supone hacer un censo de las instalaciones subterráneas, aéreas y terrestres del municipio, con la dificultad añadida de la movilidad de las mismas por la constante reforma y mejora, lo que supone un coste de exacción excesivo y una onerosa carga para las empresas en orden a los deberes formales que ello conlleva. De ahí que el Legislador, consciente de la dificultad técnica de aplicar el sistema general a estas empresas, haya consolidado el **régimen especial** consistente en la participación en los ingresos brutos o netos de las empresas sujetas a dicho régimen.

Después del largo camino recorrido el importe de las tasas exigibles a las empresas explotadoras de servicios sujetas al régimen especial, viene fijado por la Ley en el apartado tercero de dicho art. 24.1. que establece:

«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 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

resultado de la explotación de uno o dos ejercicios, quedando sujeto la Empresa al pago de los intereses de demora por el consiguiente aplazamiento de las liquidaciones.

5. Los suministros de agua, gas y electricidad para el servicio público no serán tenidos en cuenta en el cálculo del ingreso bruto, base de la participación municipal.»

⁴ Opuscit., pág. 126.

referidas empresas. Dichas tasas son compatibles con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las mencionadas empresas deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23 de esta Ley».

De dicho precepto se deduce que dichas tasas quedan enmarcadas dentro de los siguientes supuestos:

- a) Las empresas deben explotar servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.
- b) Debe llevarse a cabo una utilización privativa o aprovechamiento especial en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.
- c) La participación en los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal, se configura como un mecanismo para facilitar la cuantificación de la tasa, a la que aparece siempre vinculada, y no como una forma de medir el coste de la prestación recibida por la utilización del dominio público.**

Por su parte, la Jurisprudencia (Sentencia de 27/11/98 por todas) deja configurado el sistema especial que nos ocupa dentro de las siguientes características:

- a) Es un procedimiento tributario imperativo que no admite ni determinación directa ni concertada
- b) Es general para todas las empresas por lo que evita "presión fiscal indirecta"
- c) Es indiciario y por tanto todos los resultados presuntos obtenidos son fruto de valores estadísticos medios o modales.
- d) El sistema no permite excluir ni deducir ningún importe de la cifra de ingresos brutos.

La corriente jurisprudencial a partir de la STS de 23 de noviembre de 1982, que reitera la STS de 3 de julio de 1990, entiende que *«en el sistema conjunto o globalizado de percepción de derechos o tasas por aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública, establecido en el art. 448.1 LRL, están incluidos los diversos conceptos impositivos previstos en el art. 444 de dicha Ley (derechos o tasas por aprovechamientos especiales) en cuanto sean consecuencia de tales aprovechamientos, siempre y cuando sean atribuibles a una empresa suministradora del servicio y por razón del mismo»*⁵.

⁵ Tesis que rectifica la sentada por la STS de 24 de noviembre de 1959 que defendía la compatibilidad entre la tasa por ocupación del subsuelo y la tasa por la apertura de zanjas en razón de la diferente

La tasa por aprovechamiento especial configurada como participación en los ingresos brutos, absorbe por tanto cuantas exacciones pudieran exigirse por los concretos aprovechamientos que pudieran producirse, siempre y cuando estén relacionados con el servicio de suministro, y aunque tales aprovechamientos estuvieren sujetos a distintas licencias de ocupación, sin que la referida absorción incluya las tasas devengadas por la prestación de servicios o la realización de actividad que afecten o beneficien a dichas empresas, como actualmente se ha encargado de clarificar de forma expresa la Ley de Haciendas Locales, en la nueva redacción dada por la Ley 25/1998⁶.

II.- TRIBUTACION DE LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES

Las deficiencias técnicas y los numerosos conflictos que han venido jalonando desde sus inicios este régimen especial de las empresas explotadoras de servicios, se han visto agravados en la actualidad por dos factores especialmente relevantes: de un lado, el avance de las nuevas tecnologías; y, por otro, el proceso de liberalización de determinados sectores en que se inscriben buena parte de dichas empresas, como es el caso del Sector de Telecomunicaciones, que hoy nos ocupa.

El proceso de liberación de las telecomunicaciones imprescindible para el desarrollo de la sociedad de la información, va a dar en estos días un paso crucial con la apertura del "bucle local" que tiene entre sus objetivos aprovechar mejor las redes de acceso disponibles y abrir el mercado de las llamadas locales.

El proceso de liberación y los avances tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones imponen inexcusablemente ciertas readaptaciones y actualizaciones normativas o en su caso, un replanteamiento en profundidad de los preceptos que apenas han experimentado modificación en los últimos 75 años.

naturaleza de cada aprovechamiento especial, de carácter permanente y sin producir restricción del uso público del primero, y con restricción en el uso y, esencialmente, depreciación o destrucción del suelo, en el segundo.

⁶ El art. 24.3 de la L.H.L. al regular el régimen especial, establece que dichas tasas son compatibles con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas explotadoras de servicios deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el art. 23 de la ley.

Cuando dichos preceptos vieron la luz, difícilmente podían contemplar el tránsito de un sistema dominado por un único agente que actuaba en régimen de monopolio y bajo un régimen especial, dando paso a un sistema concurrencial, en el que existe una multiplicidad de operadores que compiten entre sí, y a los que, con el fin de garantizar la prestación de ciertos servicios básicos a los ciudadanos o la racionalización de los costes, se les imponen como uno de los deberes más importantes el de la interconexión de las redes.

Bajo la perspectiva que nos interesa en esta exposición, la de las tasas por la utilización o aprovechamiento del dominio público local, cabe pensar que los ingresos obtenidos cuando existía un único operador y el valor de los aprovechamientos se cifraba en un porcentaje de los ingresos brutos, no tienen por qué ser inferiores a los que pueden obtenerse con la liberalización del sector, pero la falta de adecuación de la normativa vigente a la nueva realidad no permite asegurar esa conclusión.

1. EL REGIMEN ESPECIAL DE TELEFONICA

La Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), ha venido gozando sin interrupción desde 1886 de un régimen especial. Así se deduce de la STS de 9 de diciembre de 1994, que declaró subsistentes, tras el Decreto 3250/1976 y hasta la Ley 30 de julio de 1987, los beneficios fiscales reconocidos a la CTNE por el Decreto de 31 de octubre de 1946, al que considera, siguiendo una reiterada jurisprudencia, como una Ley delegada, en virtud de lo dispuesto por la Ley de 31 de diciembre de 1945.

Dicho régimen especial, configurado inicialmente como un régimen de exención tributaria en compensación del canon concesional, ha pasado a ser, a partir de la Ley 15/1987, de 30 de julio, un régimen mixto de sujeción a determinados tributos (Contribución Territorial Rústica y Contribución Territorial Urbana en 1987, e Impuesto sobre Bienes Inmuebles en 1989) y de compensación sustitutoria que afecta a los restantes tributos de carácter local, cuya configuración es análoga a la de la participación en ingresos brutos de las empresas suministradoras que acaba de ser descrita.

La CTNE abona al Ayuntamiento de la imposición el 1,9 por ciento de los ingresos brutos, porcentaje que cabe descomponer en dos: por un lado, el 1,5 por ciento que se correspondería con el régimen especial establecido en el apdo. 3º del art. 24.1 LHL respecto de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local; y, por otro, el 0,4 por ciento como compensación por el resto de figuras tributarias (IAE, ICIO, IVTM, IIVTNU, tasas por prestaciones

de servicios y contribuciones especiales), teniendo en cuenta que solo el IBI se satisface independiente.

El contenido de la ley 15/1987 ha sido desarrollado, por otra parte, por el Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre⁽⁷⁾, habiéndose formalizado con fecha 26/12/91, un nuevo contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y “Telefónica de España, S.A.” (hoy, “Telefónica, SA”), en cuya base séptima, número tres, se establece que la entidad concesionaria estará obligada por el régimen fiscal que le resulte de aplicación de la legislación vigente (dicho contrato debería adecuarse a la reciente Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGTEL) según lo dispuesto en su disposición transitoria octava).

En la actualidad, por tanto, mantiene su vigencia el régimen especial de la Compañía Telefónica aprobado por la ley 15/1987, en su redacción actual introducida por la modificación parcial contenida en la disposición adicional octava de la Ley 39/1988, régimen que hasta 1999 era aplicable exclusivamente a la entonces denominada CTNE (hoy, “Telefónica SA”), de manera que el resto de las sociedades de su Grupo, así como las restantes empresas de telecomunicaciones quedaban sujetas al régimen de tributación general.

Con fecha 17 de marzo de 1998, la Junta General de “Telefónica SA” acordaría la reestructuración del Grupo Telefónica, transfiriendo a una de sus filiales⁽⁸⁾ los elementos personales y patrimoniales correspondientes al negocio de las telecomunicaciones en España.

Por su parte, la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1999 en su art. 21.5, determina que *«las referencias a la CTNE contenidas en la ley 15/1987, de 30 de julio,... 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 establecida en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de fecha 26 de*

⁷ Como establece su exposición de motivos, el Real Decreto “procede al desarrollo de la normativa legal expuesta regulando el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación, la forma de calcular los mismos y las partidas que los integran, el procedimiento, importe, plazos y documentación de los correspondientes pagos, distinguiendo, a tal fin, las declaraciones – liquidaciones trimestrales y las definitivas- así como los organismos tanto estatales, (como en su caso, de los territorios históricos del País Vasco y Navarra), ante los que deberá llevar a efecto la Compañía las correspondientes obligaciones tributarias de carácter formal y las competencias en materia de comprobación e inspección”.

⁸ Concretamente a “Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España SA. Dicha empresa cambiaría, posteriormente, en 1999, su denominación social a la de “Telefónica de España, SA”.

diciembre de 1991 ⁽⁹⁾. En tal caso -continúa diciendo el citado artículo- *la compensación anual prevista en la ley 15/1987, tendrá como base los ingresos procedentes de la facturación de la mencionada empresa, quedando las restantes empresas, incluida Telefónica S.A., sometidas al régimen general de los tributos locales».*

Según el art. 2d.1.c) del RD 1334/1988, de 4 de noviembre, que desarrolla la reiterada Ley 15/1987, a los efectos de la compensación del 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término municipal, tendrán esta consideración no sólo los del servicio telefónico, telemático y de transmisión de datos, **sino también los servicios móviles.**

En tal sentido, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998, por el que se autoriza a "Telefónica S.A." a ceder los títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones básicas, señala entre otros servicios cedidos, los servicios portadores soporte del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad GSM, del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad analógica, del servicio de comunicaciones móviles en su modalidad DCS-1800, etc.

Por consiguiente, en las autoliquidaciones de Telefónica S.A (y, posteriormente, de la sociedad filial que le ha sucedido en la explotación) han debido, por tanto, ser incluidos los ingresos brutos procedentes de la facturación de los servicios móviles. El Consorcio Local LOCALRET, en la exposición de motivos del acuerdo tomado en su sesión de 2/12/2000 sobre la tributación local de los operadores de telecomunicaciones, pone de manifiesto la falta de información que se deriva del régimen especial de Telefónica y de la generación de un grave perjuicio en los intereses municipales por la presunta no consideración en los ingresos brutos de los servicios móviles de la empresa Telefónica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.d.1 c) del RD 1334/1988 a que hemos hecho referencia.

La no inclusión de dichos ingresos debe dar lugar a las rectificaciones o liquidaciones complementarias oportunas que desde el ámbito local no podemos conocer por no tener acceso la Inspección municipal a la comprobación de estos datos que son competencia de la Inspección de Hacienda estatal.

⁹Tienen este carácter las sociedades filiales o receptoras de los servicios concedidos. Con esa regulación aclaratoria o interpretativa se impide que, con una interpretación formalista de la Administración estatal o de los Tribunales, se pueda eludir el pago de tributos locales, en perjuicio de la Hacienda de los Ayuntamientos. Pero sin esa regulación legal cabría llegar a idéntico resultado interpretando finalísticamente la legislación precedente.

El tan reiterado art. 2d. 1.c) del R.D. 1334/1988 debe interpretarse en el sentido de que la conversión de los tributos municipales en la compensación del 1,9% de los ingresos brutos afecta a todos los ingresos procedentes de los servicios concedidos, mientras que los ingresos de los servicios no concedidos no ha de ser objeto de compensación, porque se rigen por el régimen general de la tributación local y por tanto a partir de 1 de enero de 1999, la citada empresa del Grupo Telefónica a la que ha sido transmitida la concesión, debe considerarse como único sujeto pasivo de la compensación establecida en la ley 15/1987.

2. EL NUEVO SISTEMA CONCURRENCIAL

Como ya hemos puesto de manifiesto, el régimen de los servicios de telecomunicación está sufriendo una profunda transformación ya que, de un sistema de monopolio al que se accedía a través de una concesión, estamos pasando a un sistema concurrencial al que se accede a través de una autorización general o de una licencia individual cuya última concreción positiva se encuentra en la LGTEL.

La regulación de las telecomunicaciones, al imponer un régimen de competencia, incide de hecho en el régimen de la licencia de ocupación del dominio público, sin que el ente local pueda impedir el ejercicio de una actividad que posee licencia (art. 44 y 45 de la LGTEL) o de una actividad que no la precise. Esto supone que la licencia de ocupación del demanio por aprovechamiento especial debe ser reglada, rompiéndose el carácter general de ser licencias a precario⁽¹⁰⁾.

El art. 45 de la LGTEL referido a la ocupación del dominio público local hace referencia a las "autorizaciones de uso", que deben otorgarse conforme a la legislación de régimen local, por la que las Corporaciones locales deben exigir una licencia especial a cuantas empresas exploten las redes de propiedad de otras, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.1.b) del Reglamento de bienes de entidades locales, en conexión con el 77.1 del mismo Reglamento¹¹.

Los servicios que prestaba Telefónica en monopolio hoy se prestan, en su mayoría, en competencia ya que hay una pluralidad de titulares de redes que compiten entre sí, así como una pluralidad de titulares del derecho a acceder a

¹⁰ La STS de 26 de febrero de 1990, estableció que "esta regla general -ser actos unilaterales, discrecionales y revocables por implicar una situación jurídica discrecional y revocable, y por tanto una situación de precario para el autorizado- quiebra cuando el uso especial está reglamentado, en cuyo caso se puede tener derecho a su obtención en la forma que la reglamentación indique".

estas redes para ofrecer sus servicios que también compiten entre sí y que pueden competir a su vez con los titulares de las redes (artículo 43 de la LGTEL). Todo ello ha alterado de forma sustancial el régimen de las infraestructuras, imponiéndose el acceso a las mismas por los diversos operadores de un mismo sector (artículo 24 de la LGTEL), previendo que los posibles conflictos entre operadores sean resueltos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Los avances tecnológicos generan una pluralidad de redes que a su vez tienden a configurar una gran red de redes, apareciendo al mismo tiempo, de forma creciente, los nuevos servicios que pueden ofrecerse a través de las mismas, siendo en la actualidad la red más importante la de Telefónica, pero empieza a ser realidad la red de telefonía móvil, de texto, de datos y de radio y televisión.

Al imponerse el referido régimen de competencia, resulta obligado replantearse, en primer lugar, el régimen tributario singularizado de la compañía Telefónica de España, S.A., para abogar por la introducción de un régimen homogéneo con las otras entidades que actúan en concurrencia en el mismo sector, al no justificarse la existencia de situaciones singularizadas.

En la medida en que las empresas de telecomunicaciones se valgan total o parcialmente del subsuelo, suelo y el vuelo de titularidad municipal para la instalación, utilización y aprovechamiento de redes, con independencia de quien sea su titular, resulta obligada la implantación de un tributo homogéneo en el que el rendimiento económico obtenido de dicha ocupación y utilización se fijaran en un porcentaje sobre los ingresos brutos, dada la dificultad técnica de aplicar el sistema general.

La continuidad del sistema especial por la que hemos venido apostando plantea los problemas que van a ser expuestos y que son consecuencia de las insuficiencias sobrevenidas a la regulación actual.

3. INSUFICIENCIAS DE LA REGULACION ACTUAL

a) Los sujetos pasivos

Para facilitar la actividad de los nuevos operadores y ante la existencia de la pluralidad de agentes que intervienen en el sector, se produce el fenómeno de las interconexiones entre las redes de telecomunicaciones con la finalidad de que los

¹¹ El art. 77.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales establece que el uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.

usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores, problema que no existía bajo el régimen de monopolio.

La liberación ha puesto en evidencia la importancia de los bienes infraestructurales, demandando una regulación específica para los mismos, y ha obligado a plantearse el derecho de acceso a la utilización de estos bienes que pasa a ser un elemento esencial en la ordenación del régimen jurídico de las redes, para que exista el mayor número de operadores posibles. El titular de la red presta el mismo servicio tanto a terceros como a quien usa su red y por tanto, ya sea a través de la autorización para crear redes alternativas, o del reconocimiento del derecho a usar las existentes, se arbitra un régimen de concurrencia.

La utilización de facturación como mecanismo de cuantificación de una obligación de pago establecida en función de la intensidad de uso del dominio público, revela que, cuando existe una red situada en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública, la exacción debe ir dirigida a quienes efectivamente usan la red para la realización de su actividad de servicios de suministros, **con independencia de que sean o no propietarios de la red.**

El uso especial del dominio público se produce en estos casos por la utilización de la red en él situada, vaya o no acompañada de la propiedad sobre la misma, siendo SUJETOS PASIVOS obligados al pago de la exacción correspondiente los explotadores o usuarios de la red en la medida en que sean empresas de servicios de suministro.

Así lo establece expresamente, en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid, el art. 3º de la vigente Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa y aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros. Dicho precepto establece: «Art. 3.2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior tendrán la condición de Empresas Explotadoras de Servicios de Suministros las siguientes: (...) b) Las Empresas que, con independencia de quien sea el titular de la red, presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público **apoyándose total o parcialmente en redes públicas de telecomunicaciones instaladas con utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.** A estos efectos, por red pública de telecomunicaciones se entiende la red de telecomunicaciones que se utiliza total o parcialmente, para las prestaciones de servicios de telecomunicaciones disponible para el público.»

La relación intensidad de uso-facturación, que se considera esencial para la comprensión de esta figura, quebraría tanto en el supuesto de que la empresa propietaria de la red fraccionara su volumen de ventas diversificando su actividad mediante la creación de filiales a las que permitiera utilizar la red, como cuando la red fuera objeto de utilización por un tercero. En ambos casos, la facturación realizada a través de la red no formaría parte de la facturación de la empresa propietaria de la red y única obligada al pago, la cual incluiría en sus ingresos brutos, exclusivamente, el importe de la contraprestación o alquiler recibido por la cesión de uso, situación que está muy lejos de lo querido por el legislador, dentro de la normativa actual.

La determinación, por tanto, del SUJETO PASIVO, debe resolverse bajo el supuesto de no discriminación entre los distintos operadores a que hace referencia el art. 35.2 LGTEL que exige la aplicación de los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia, etc., en cumplimiento del servicio público.

Ratifica lo expuesto el art. 47.1 LGTEL que se refiere al uso compartido de los bienes de titularidad pública o privada objeto de los derechos de ocupación y al equilibrio que busca en la utilización de redes en el que no debe faltar la igualdad en las cargas tributarias que no se produciría si el titular de la red pagara la tasa y el simple utilizador estuviera exento.

b) Los servicios que no afectan a la generalidad del vecindario

Como ya pusimos de manifiesto, uno de los requisitos exigidos por la ley – que los servicios de suministros afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario- plantea problemas de interpretación en las actuales empresas de telecomunicación cuya oferta no afecta a una parte importante del vecindario, dado que existe un reparto de cuotas del mercado monopolístico, llamado a desaparecer con el paso del tiempo por el aumento de la pluralidad de la oferta y que supondrá la gradual desaparición de los operadores dominantes como consecuencia de los adecuados cambios tecnológicos.

La tributación exigible actualmente a los operadores que no sirven a una parte importante del vecindario también debe incluirse en en el régimen especial porque la pretendida inclusión de dichos operadores en el **régimen general** implicaría volver a los problemas indicados de formación de censos de las instalaciones subterráneas, aéreas y terrestres del municipio con la consiguiente existencia de costes excesivos a los que se hizo anteriormente referencia.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la LHL, "las Entidades Locales podrán establecer convenios de colaboración con entidades, instituciones y organizaciones representativas de los sujetos pasivos de las tasas con el fin de simplificar el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales derivadas de aquéllas".

Dichos convenios, dentro del régimen general, podrían tomar como punto de referencia la introducción de factores a decidir por cada municipio en función de las circunstancias que concurren en los operadores de telecomunicaciones y su situación, siendo los ingresos brutos los criterios y parámetros perfectamente válidos que permiten definir el valor de mercado de la utilidad derivada.

De ahí la necesidad de una regulación para que sea aplicable el régimen especial cambiando el vacío legal creado por una norma promulgada antes de la liberalización del sector de telecomunicaciones y poniendo fin a la inseguridad creada en la regulación fiscal aplicable a los operadores que con red propia o utilizando la red de otro operador no sirven a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

c) La doble imposición

De acuerdo con la normativa vigente, cada operador viene en principio obligado a tributar por la totalidad de su facturación a los usuarios finales y por su facturación a otros operadores de telecomunicaciones por los servicios de interconexión que les presta, ya que esa es la cifra de ingresos brutos a la que hace referencia la ley.

La apertura del bucle local que va a realizarse en estos días lleva aparejado un notable incremento de la interconexión entre los distintos operadores y Telefónica como consecuencia de la programada liberalización de las llamadas locales en manos de Telefónica.

Antes de la liberalización, los ingresos brutos coincidían con la cifra que pagaba el usuario pero con el régimen de concurrencia ahora se plantean los problemas derivados de la coexistencia de redes de acceso y terminación con redes de tránsito.

Si lo que se pretende es que cada operador tribute tomando como base imponible la totalidad de su facturación pero descontando los pagos realizados por las interconexiones para evitar una doble imposición, sería preciso analizar los tipos de gravamen aplicables con el fin de que la actividad de

las empresas de telecomunicación no produzca disminución de los ingresos municipales que se han venido obteniendo hasta la fecha por este concepto.

En todo caso, en nuestra opinión, la tesis de la «doble imposición», invocada por las empresas afectadas, no resulta plenamente convincente ya que cada sujeto paga por «su» aprovechamiento que se ha intensificado y por «sus» ingresos.

En línea con lo expuesto y hasta tanto no se haga realidad la anunciada reforma de financiación de las Haciendas Locales, resulta necesario mantener la recaudación que deriva de la normativa reguladora de los ingresos locales, utilizando al máximo la potencialidad derivada de las tasas y especialmente las que hacen referencia a la utilización y aprovechamiento del dominio público local por los operadores que lo ocupan, utilizan o aprovechan.

A modo de síntesis podemos establecer que las insuficiencias de la ley de Haciendas Locales en cuanto a la tributación de los operadores de telecomunicaciones se materializan en las siguientes

CONCLUSIONES

1.- La situación singularizada en el régimen tributario de la compañía Telefónica de España, S.A., como empresa suministradora de servicios de telecomunicación no se justifica, ya que debe aplicarse una tributación homogénea por la utilización del dominio público a todas las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo sobre el mismo un aprovechamiento especial, ya sean titulares o usuarias de las redes de telecomunicación.

2.- La determinación del SUJETO PASIVO debe resolverse exigiendo la tasa a todos los que utilizan la red con independencia de que sean o no propietarios de ella.

3.- La sujeción de los operadores de telecomunicaciones en el ámbito local bajo el régimen especial plantea dudas porque las cuotas de mercado en prestación de sus servicios no afectan a una parte importante del vecindario, lo que puede encontrar solución -si finalmente se concluyera que no les resulta aplicable el régimen especial-, por la aplicación de los convenios a que hace referencia el art. 27.2 de la L.H.L., en el ámbito del régimen general.

4.- La posibilidad de que puedan coexistir el sistema especial de participación en los ingresos netos y el general aplicable al resto de las tasas por utilización del dominio público mediante un régimen de opción en el que no se tomen como parámetros o criterios los ingresos resulta rechazable dado que el mantenimiento de un censo de las instalaciones subterráneas, aéreas y terrestres del municipio tiene un coste de exacción excesivo, dada la movilidad de las empresas explotadoras de telecomunicaciones.

5.- No parece defendible la existencia de una doble imposición y no encuentra amparo legal que dentro de la normativa vigente pueda evitarse mediante la minoración de los pagos realizados por las interconexiones de los ingresos brutos para determinar la base imponible.