

**DICTAMEN SOBRE LA APLICACIÓN DEL REGIMEN DE PRECIOS  
PUBLICOS PREVISTO EN EL ARTICULO 45.2 DE LA LEY DE  
HACIENDAS LOCALES A LAS EMPRESAS EXPLOTADORAS DE  
SERVICIOS DE TELECOMUNICACION**

---

Joaquín TORNOS MAS  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Antonia AGULLO AGÜERO  
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Barcelona

Barcelona, a 25 de junio de 1998

## **INDICE**

### **Antecedentes**

#### **I. Régimen general de la participación de los Ayuntamientos en los ingresos brutos de las empresas explotadoras de servicios de suministros**

- 1. Precedentes y régimen actual**
- 2. Caracteres generales**

#### **II. El régimen de la Compañía Telefónica Nacional de España**

- 1. Precedentes**
- 2. Régimen actual**
- 3. Cuestiones conflictivas**
- 4. Ausencia de justificación actual del régimen especial de la CTNE**
  - a) Del monopolio a la concurrencia**
  - b) El acceso de terceros a las redes**
  - c) Necesidad de un régimen tributario homogéneo**

#### **III. El precio público por utilización del dominio público municipal**

- 1. Marco normativo general del uso del dominio público local**
- 2. El artículo 45.2 de la Ley de Haciendas Locales**
  - 2.1. Concepto jurídico de aprovechamiento especial**
  - 2.2. La licencia de ocupación**

#### **IV. Propuesta de modificación de las ordenanzas municipales**

- 1. Ordenanza reguladora de la utilización de bienes públicos municipales**
- 2. Ordenanza reguladora de los precios públicos por el aprovechamiento del vuelo, suelo y subsuelo**
- 3. Conclusión final**

## **Antecedentes**

Por el Consorci Local LOCALRET se solicita nuestra opinión fundada en Derecho sobre la aplicación del régimen de participación de los Ayuntamientos en los ingresos brutos de las empresas explotadoras de servicios de suministro en concepto de precio público por el uso privativo o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública previsto en el art. 45.2 de la Ley de Haciendas Locales, a las empresas explotadoras de servicios de telecomunicación, a la vista de su nueva regulación y del régimen especial de la Compañía Telefónica Nacional de España. Especialmente en relación con la delimitación de los obligados al pago y con la cuantificación de dicha participación.

## **I. Régimen general de la participación de los Ayuntamientos en los ingresos brutos de las empresas explotadoras de servicios de suministros**

### **1. Precedentes y régimen actual**

La participación de los Ayuntamientos en los ingresos brutos de las empresas explotadoras de servicios de suministros que utilicen especialmente el dominio público local cuenta con una larga tradición.

Ya el art. 448.1 de la Ley de Régimen Local de 1955 (LRL) establecía la posibilidad de que una tasa de estas características pudiera “revestir la forma de participación del Ayuntamiento en los ingresos brutos o en el producto neto de la explotación dentro del término municipal”. Concretamente, el citado precepto se refería a “los derechos y tasas por aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas o explotadores 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”. Las cuotas de participación no podían ser superiores al 1,5% de los ingresos brutos ni al 3% del producto neto.

Como bien explica E. Vicente Catalá (“La base de 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, pág. 126), el sistema general de base de las tasas por aprovechamientos venía establecido por el art. 446 LRL sobre la base del valor medio de los aprovechamientos, e intentar aplicar este sistema a las empresas suministradoras era francamente complejo. Suponía 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, por lo que el coste de exacción hubiera sido enorme. De ahí que el legislador, consciente de la dificultad técnica de aplicar el sistema general a estas tasas, estableciera la posibilidad de que revistieran una forma de participación en los ingresos brutos o netos de las empresas suministradoras.

Posteriormente, el art. 18 del RD 3250/1976, de 30 de diciembre, regulador de las Haciendas Locales, y dictado en desarrollo parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de las Bases de Régimen Local, estableció la posibilidad de concertar con las empresas explotadoras de servicios, que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, la cantidad a satisfacer por este mismo concepto “tomando como base el valor medio de los aprovechamientos de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca”. A estos efectos, la OM de 21 de mayo de 1977,

dictada en desarrollo del precepto anterior, fijó provisionalmente el valor medio del aprovechamiento en el 1,50 por 100, como máximo, de los ingresos brutos que obtengan dichas empresas dentro del término municipal. Se mantiene así la ficción, observa Catalá, 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 LGT que afecta a los elementos esenciales del tributo.

Dicho sistema pasó prácticamente inalterado al art. 211 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), según el cual:

“Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública municipal a favor de empresas explotadoras de servicios, que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, los Ayuntamientos, en la ordenanza fiscal correspondiente, podrán establecer la posibilidad de concertar con dichas empresas la cantidad a satisfacer, tomando como base el valor medio de los aprovechamientos de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca”.

Finalmente, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales (LHL), tras transformar las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en precios públicos, determina que su importe se fijará “tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquéllos” (art. 45.2, pfo. 1º), y añade que “cuando se trate de precios públicos 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 suministro que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllos consistirá en todo caso y, sin excepción alguna, en el uno y medio por ciento de los ingresos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas empresas”.

Este sistema no se aplicó nunca, sin embargo, a la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), la cual, como se explica en el siguiente apartado, 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 RD 3250/1976 y hasta la Ley de 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, 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, si bien con un tipo algo más elevado (el 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal y el 0,1% de los que obtenga en cada demarcación provincial).

## **2. Caracteres generales**

Prescindiendo de la transformación en precios públicos de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, que resulta irrelevante a estos efectos, así como de la evolución de régimen opcional a único de la participación municipal en los ingresos de las empresas explotadoras de servicios, y de la reducción –o mejor, concreción- de su ámbito de aplicación a las empresas explotadoras de servicios de suministros, es posible afirmar que existe una continuidad en la configuración de esta participación cuyos pilares básicos son:

- Su fundamento en la existencia de un aprovechamiento especial en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública.
- La naturaleza de empresas explotadoras de servicios que afectan a la totalidad o una parte importante del vecindario de los obligados al pago por realizar dicho aprovechamiento especial.
- El carácter sustitutivo de la participación respecto de la cuantificación de la obligación de pago con base en el aprovechamiento medio o la utilidad derivada del aprovechamiento especial. La participación se configura como un mecanismo para facilitar dicha cuantificación, a la que aparece siempre vinculada, y no como una forma de imposición autónoma.

Se da además una relación entre el aprovechamiento medio o la utilidad y la facturación, de un lado, y la intensidad en el uso del dominio público, de otro, que es la causa en este caso de la existencia del aprovechamiento especial, que justifica ambos mecanismos de cuantificación –el basado en el aprovechamiento medio o la utilidad o valor de mercado y el basado en la facturación- como orientados a la obtención de un mismo resultado, en definitiva: medir la intensidad de uso del dominio público que motiva la exigencia del tributo (tasa) o de la contraprestación (precio público).

Esta configuración constante permite a su vez realizar un par de observaciones:

La primera se refiere a la configuración del presupuesto de hecho de la participación, el aprovechamiento especial de la vía pública que realiza una empresa de suministro, como una actividad sujeta a licencia. Licencia que se refiere exclusivamente al aprovechamiento especial de la vía pública y no al tipo de actividad que se desarrolle.

Si bien la normativa reguladora de las Haciendas Locales no es especialmente explícita al respecto –aunque el art. 47.1 de la LHL determina el nacimiento de la obligación de pago en el momento en que “se conceda” la utilización privativa o el aprovechamiento especial-, tal conclusión se deduce de la normativa sobre utilización de bienes de dominio público local, como se verá más adelante, que configura el aprovechamiento especial como una actividad sujeta a licencia.

Lo cual no significa, obviamente, que el presupuesto de hecho de la participación sea la concesión de dicha licencia. La necesidad de una licencia de aprovechamiento especial no varía el presupuesto de hecho de la participación, que sigue siendo el aprovechamiento especial y no la concesión de la licencia, y que, por consiguiente, se entenderá realizado siempre que el aprovechamiento especial haya tenido lugar, independientemente de que se haya solicitado o no la oportuna licencia.

En esta línea se inscribe la corriente jurisprudencial que a partir de la STS de 23 de noviembre de 1982 y 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”. Tesis que ha venido a rectificar la sentada por la STS de 24 de noviembre de 1959 (Ar. 4321) que defendía la compatibilidad entre la tasa por ocupación del subsuelo y la tasa por la apertura de zanjas en razón de la diferente 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.

Por consiguiente, ha de entenderse que el precio público por aprovechamiento especial configurado como participación, absorbe cuantas exacciones pudieran exigirse por los concretos aprovechamientos que pudieran producirse siempre y

cuando estén, lógicamente, relacionados con el servicio de suministro, y aunque tales aprovechamientos estuvieren sujetos a diferenciadas licencias de ocupación.

Por distinto motivo, aunque la conclusión sea la misma, la participación o, en términos generales, la exacción, tasa o precio público, por aprovechamiento especial del dominio público local, absorbe la tasa de licencia de obras que, a su vez, fuera ligada al aprovechamiento especial que origina aquella exacción. Así lo afirma una reiterada jurisprudencia (STS de 11 de octubre de 1972, 21 de marzo de 1975, 23 de noviembre de 1982, 28 de febrero de 1984, 3 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1995, 7 de mayo de 1996 y 28 y 29 de junio de 1996), cuyos argumentos son muy variados, de entre las que destaca por su claridad la STS de 28 de febrero de 1984, según la cual: “la licencia para ocupar el suelo o abrir zanjas en la vía pública concedida a través de la exacción regulada por el art. 448, entraña la autorización o licencia para realizar las construcciones necesarias al efecto, pues la autorización del fin o resultado incluye la de emplear los medios normales para conseguirlo”. Es decir, la autorización para abrir una zanja en la vía pública implica la autorización para realizar la obra correspondiente, independientemente de las formalidades administrativas que haya que cumplir.

La segunda observación parte de la relación entre la intensidad de uso como característica del aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública que realizan las empresas explotadoras de servicios de suministro, antes señalada, con la facturación como medida de ese aprovechamiento que sirve de base para cuantificar la exacción correspondiente.

Dicha relación revela, en primer lugar, la falta de consistencia de la compensación sustitutoria de la totalidad de tributos y exacciones locales, excepto el IBI, de la CTNE, en la medida en que pone de manifiesto lo inadecuado de la participación en los ingresos brutos para compensar exacciones o tributos que poco o nada tienen que ver con los ingresos brutos.

En segundo lugar, la relación entre intensidad de uso y facturación, o mejor, el empleo de la 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 va dirigida a quienes efectivamente usan la red para la realización de su actividad de servicios de suministros –los explotadores, en general, de una actividad de servicios de suministro que se realiza a través de una red situada en la vía pública-, 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 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.

De no ser así, 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.

## **II. El régimen de la Compañía Telefónica Nacional de España**

### **1. Precedentes**

El régimen fiscal aplicable al servicio telefónico ha sido, en nuestro país, desde sus orígenes, un régimen singular. En una exposición sintética de su proceso histórico puede partirse de la exención tributaria concebida como una compensación del canon concesional que se estableció en la base 17 del Real Decreto de 13 de junio de 1886. Posteriormente se aprobó una Ley sobre autorización al Gobierno para celebrar “el oportuno contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España a base de la participación del Estado en los beneficios de la Compañía”, ley que dio lugar a la aprobación de unas bases relativas al Proyecto de contrato con la CTNE.

En el apartado quinto de la base séptima de dicho contrato, aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946, se estableció lo siguiente: “que entendido que todas las sumas que ha de percibir el Estado, según las condiciones de esta base, se consideran como impuesto para todos los efectos legales y para la contabilidad, y en compensación del pago de tales impuestos, así como en virtud del carácter nacional de sus servicios, la Compañía quedará exenta de toda otra contribución o impuesto, arbitrio, tasa de cualquier clase, ya sea sobre las instalaciones, edificios y demás elementos destinados o que en lo sucesivo se destinen a la explotación de sus servicios, de cualesquiera otros de carácter nacional, provincial, municipal o de cualesquiera otras corporaciones que tengan derecho ahora o en lo sucesivo a establecer contribuciones o impuestos, incluso, en general, los que versen sobre utilidades o los municipales sobre beneficios o sociedades anónimas o cualesquiera otros que posteriormente se crearen.

Se comprenden en esta exención, además de los impuestos fijados en el párrafo anterior, los de igual clase, creados o que se crearen, sobre utilización del suelo, subsuelo, carreteras caminos, calles, plazas y toda clase de vías públicas, para tendido de hilos o cables, para emplazamiento de postes, columnas, apoyos o antenas y para las demás obras necesarias a la prestación de los servicios convenidos en virtud de este contrato”.

El contenido de la base citada se trató además de “blindar” a través de lo dispuesto en la base veintiséis, donde se dice que “la compañía se reserva todos los derechos que puedan corresponderle para reclamar los daños y perjuicios que pudiere ocasionarle cualquier disposición legal que contraviniera los términos y condiciones del presente contrato así como todos los que en justicia le pertenezcan ... no podrán ser modificadas unilateralmente las bases del presente contrato ni aplicarse, en contradicción con el mismo, las leyes y disposiciones de carácter general o particular dictadas por el Estado o por las Corporaciones de Derecho público”.

Este régimen legal se declaró subsistente por una reiterada, y discutida, jurisprudencia, a pesar de las modificaciones legislativas que se produjeron con posterioridad al citado contrato. No es necesario detenerse ahora en esta cuestión, estudiada por otra parte con rigor y profundidad en el trabajo de NIETO-CAMPORA, La Compañía Telefónica Nacional de España y las Corporaciones Locales, Granada 1988, y más recientemente por ALENZA GARCIA, La exención de tributos locales en favor de Telefónica, REDA 97, 1998.

## **2. Régimen actual**

La situación va a sufrir un nuevo planteamiento con la aprobación de la ley 15/1987 de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España (analizada también por NIETO-CAMPORA en la obra antes citada). En relación a la materia que nos interesa, los Tributos locales, la nueva ley establece por una lado la sujeción de la CTNE a la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria y a la Contribución Territorial Urbana, y , por otro, dispone que “las deudas tributarias que por su exacción pudieran corresponder a la CTNE -por lo que se refiere a los restantes tributos de carácter local- se sustituyen por una compensación en metálico, de periodicidad anual”, que será satisfecha trimestralmente a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, en la forma que reglamentariamente se determine, y que consistirá “en un 1,9 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal y en un 0,1 % de los que obtenga en cada demarcación provincial respectivamente”.

En definitiva, la ley 15/1987 introduce un mecanismo substitutivo según el cual las deudas tributarias que por la exacción de los tributos locales pudieran exigirse a la CTNE, salvo los dos supuestos en que no se reconoce la exención, se sustituyen por una compensación en metálico de periodicidad anual.

Este marco normativo sufrirá una pequeña modificación con la aprobación de la ley de Haciendas locales 39/1988. La disposición adicional octava de la citada ley reconoce, por un lado, la vigencia de la ley 15/1987, e impone una nueva redacción parcial del artículo tercero de este último texto legal, adecuándolo a las figuras tributarias de la nueva ley de haciendas locales.

El contenido de la ley 15/1987 ha sido desarrollado, por otra parte, por el Real Decreto 1334/1988 de 4 de noviembre. 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”. El artículo 2 precisa los ingresos que se integran en el concepto de ingresos brutos.

Por último, el 26 de diciembre de 1991 se formalizó 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., 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 general de telecomunicaciones 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.

Paralelamente al régimen especial de la Compañía Telefónica, la ley de haciendas locales 39/1988 estableció en su artículo 45,2 que “el importe de los precios públicos por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquéllos. Cuando se trate de precios públicos por utilización privativa o aprovechamiento especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllos consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas empresas”.

### **3. Cuestiones conflictivas**

Este marco legal que acabamos de reseñar plantea una serie de cuestiones conflictivas.

a) Puede cuestionarse en la actualidad la pervivencia de un régimen de gestión centralizada para el cobro de la cuantificación global de la deuda tributaria que

debe satisfacer la compañía Telefónica de España S.A., sistema establecido en el RD 1334/1988.

b) La determinación de la cantidad a pagar se establece en función de los ingresos brutos obtenidos por la entidad Telefónica de España S.A., habiendo concretado el RD 1334/1988 qué debe computarse a los efectos de fijar los ingresos brutos. El problema reside en la identificación subjetiva de dichos ingresos, pues la norma se refiere a los propios de la entidad antes citada. Si se crean sociedades filiales, diferenciadas subjetivamente, podrían reducirse los ingresos brutos del sujeto pasivo y, por tanto, la cantidad a recaudar al aplicar sobre los mismos el tipo del 1,9 y 0,1 %. Si bien podría combatirse esta actuación a través del levantamiento del velo de la personalidad, para mostrar la identidad de sujeto que genera realmente los ingresos brutos, es cierto que estamos ante un problema que debe ser puesto de manifiesto.

c) En todo caso, la cuestión que nos interesa destacar es la existencia, en estos momentos, de un régimen jurídico diferenciado en relación a entidades que pueden desarrollar una misma actividad. Así, Telefónica de España S.A. goza de una exención generalizada en materia de tributos locales, salvo el IBI, debiendo pagar como compensación el 1,9 y 0,1 % de sus ingresos brutos (pago que se gestiona de forma centralizada). Otras entidades que pueden llevar a cabo una misma actividad no gozan de una exención generalizada, y pueden tener que satisfacer también el precio público por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público, fijándose en este caso el importe del tributo en el 1,5 de los ingresos brutos procedentes de la facturación (artículo 45,2 de la LHL). Sin perjuicio de la falta de coherencia antes señalada de la participación en ingresos brutos como mecanismo de compensación de tributos de la más variada naturaleza.

#### **4. Ausencia de justificación actual del régimen especial de la CTNE**

##### **a) Del monopolio a la concurrencia**

Sin perjuicio de volver más adelante sobre la problemática que plantea una correcta aplicación del artículo 45,2 de la LHL, importa ahora analizar críticamente la pervivencia de un régimen especial para la Compañía Telefónica de España S.A. cuando de un régimen de monopolio hemos pasado a una situación de competencia. Esta última cuestión, la apertura del régimen de las telecomunicaciones a la competencia, exige realizar unas precisiones de singular importancia a los efectos de este Dictamen.

El dato relevante es la transformación del régimen del servicio de telecomunicación, que de un sistema de monopolio ha evolucionado a un régimen de

conurrencia. Del monopolio en la prestación del servicio, al que se accedía a través de una concesión, se ha pasado a un sistema concurrencial al que se accede a través de una autorización general o de una licencia individual (la última concreción positiva de este proceso se encuentra en la ley 11/1998 de 24 de abril, general de telecomunicaciones).

Los servicios que prestaba telefónica en monopolio hoy se prestan, en su mayoría, en competencia. Este hecho 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 ley 11/1998), y previendo que los posibles conflictos entre operadores serán resueltos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Surge de este modo una nueva realidad, caracterizada por una pluralidad de titulares de redes que compiten entre sí, y por una pluralidad de titulares del derecho a acceder a 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 ley 11/1998). 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 nuevos servicios que pueden ofrecerse a través de las mismas.

En la actualidad la red más importante sigue siendo la de telefónica, pero ya debe sumarse a esta la de televisión, como segundo operador autorizado de telecomunicaciones, pero podemos reconocer también la red de telefonía móvil, las redes de texto y de datos y las redes formadas por cadenas de radio y televisión.

## **b) El acceso de terceros a las redes**

Con la liberalización de los servicios surge además el problema del acceso de terceros a las redes que sirvan de soporte a su actividad. Bajo el régimen de monopolio este problema no existía. El gestor del servicio utilizaba en exclusiva la infraestructura. En esta situación la Administración adscribía los bienes de su titularidad al gestor del servicio, al tiempo que le concedía múltiples beneficios para que pudiera seguir extendiendo la red (beneficiario de la expropiación, derecho de ocupar los bienes, y, en el caso de telefónica, un régimen tributario singular).

La liberalización 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. El derecho de acceso pasa a ser un elemento esencial en la ordenación del régimen jurídico de

las redes, pues la colectividad está interesada en que las infraestructuras se abran a cuantos más operadores sea posible.

En definitiva, vemos como diversos sujetos se introducen en un sector antes en régimen de monopolio, y que estos sujetos pueden ser titulares de redes o del derecho a usarlas. El titular de la red puede a su vez prestar el mismo servicio a terceros que quien usa su red (lo que se traduce en un régimen impuesto de "essential facilities"). 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.

### **c) Necesidad de un régimen tributario homogéneo**

Todas estas consideraciones nos remiten al problema que nos ocupa. Al imponerse un régimen de competencia debe replantearse, al margen de otras consideraciones, el régimen tributario singularizado de la compañía Telefónica de España S.A. Este replanteamiento debe tener como eje central la introducción de un régimen homogéneo con otras entidades que actúan en concurrencia en el mismo sector, pues ya no se justifica la existencia de situaciones singularizadas.

Esta propuesta a favor de la igualación debe ser real, de modo que iguale a todas las entidades que actúan en el sector. Para ello deberá suprimirse la exención generalizada, y se deberá imponer un tributo homogéneo por la utilización del dominio público a todas las entidades que lleven a cabo sobre el mismo un aprovechamiento especial, ya sea como titulares de la red o como usuarias de la misma.

Por tanto, Telefónica de España S.A. deberá pasar a un régimen de tributación local general, sujeta a IBI como en la actualidad pero también a IAE y otros tributos locales. Paralelamente debería pagar el 1,5 de sus ingresos brutos como precio público por el aprovechamiento especial del dominio público en concurrencia con otras entidades del sector prestatarias de servicios a terceros. Estas empresas, como veremos a continuación, deberían pagar el mismo precio público fueran o no titulares de la red.

Señalaremos, por último, que el régimen de Telefónica de España S.A. deberá, en su caso, modificarse a través de una norma con fuerza de ley, pues el régimen especial actualmente vigente se estableció en la ley 15/1987 y se confirmó en la ley 39/1988.

La modificación del régimen tributario de Telefónica de España S.A. debería ser paralelo a las reformas que se propondrán más adelante.

### **III. El precio público por utilización del dominio público municipal**

#### **1. Marco normativo general del uso del dominio público local**

La nueva situación concurrencial en la prestación de servicios de telecomunicaciones reclama, como ya hemos expuesto, un marco normativo homogéneo en relación a los diversos operadores del sector, ya sean o no titulares de las redes a través de las que se presta el servicio. Esta exigencia ineludible que plantea el nuevo mundo de las telecomunicaciones exige atender ahora a la temática concreta del uso del dominio público local para, tras su análisis, proponer las necesarias reformas en aras a definir este marco normativo homogéneo que creemos imprescindible.

El punto de partida nos viene dado por el siguiente régimen jurídico hoy aplicable (tomaremos como ejemplo de normativa local las ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona):

- La prestación del servicio puede exigir una licencia de obras (construcción de la red) y el pago de la correspondiente tasa. La Administración municipal otorga la licencia como control de la actividad que se realiza y del mantenimiento de la misma en buenas condiciones. Ciertamente existe también en este caso una utilización del dominio público necesaria para la realización de las obras que puede gestionarse de forma simultánea, pero existe una licencia de obras diferenciada y la tasa se justifica por el procedimiento para otorgar la licencia de obras. Este tipo de licencia se regula en el caso de Barcelona en la Ordenança sobre obres, instal.lacions i serveis en el domini públic municipal, y la tasa en la Ordenanza fiscal 3.4.
- La utilización especial del dominio público puede también exigir una licencia administrativa de ocupación del demanio, licencia que generará el precio público por ocupación de dicha propiedad municipal. Nos situamos en esta ocasión en el régimen del dominio público y el Reglamento de bienes. En el caso de Barcelona esta licencia se regula por la Ordenanza sobre utilización de los bienes de uso público municipal, Ordenanza que regula el uso común especial y la licencia correspondiente.
- El artículo 45 de la Ley de Haciendas locales establece un régimen singular para el supuesto de uso común especial de entidades prestadoras de servicios, régimen singular que pretende racionalizar la fijación de la cuota a pagar. Reproduciremos de nuevo este precepto: “cuando se trate de precios públicos



por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllos consistirá, en todo caso, y sin excepción alguna, en el 1,5 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal dichas empresas”.

- El Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras es un impuesto que grava, con ocasión de la realización de la obra, la capacidad económica derivada de una inversión o actividad económica.

Esta intervención diversificada de la Administración municipal ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de admitir la compatibilidad en el pago del ICIO y el precio público regulado en el artículo 45 de la LHL, pero no así la compatibilidad en el pago del precio público y la tasa por licencia de obras (SSTS 9 y 19 de diciembre de 1997, Ar. 487 y 520).

En todo caso, el problema que interesa analizar, en aras a obtener este régimen homogéneo para las entidades que prestan sobre el suelo municipal una misma actividad, es el relativo a la interpretación que debe darse al citado artículo 45,2 de la LHL.

## **2. El artículo 45.2 LHL**

### **2.1. Concepto jurídico de aprovechamiento especial**

El artículo 45.2 de la LHL fija el precio público con base en dos criterios. Uno subjetivo, las empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, y otro de carácter material, debe llevarse a cabo una utilización privativa o aprovechamiento especial en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales. La norma legal nos remite de este modo al concepto jurídico de aprovechamiento especial, esto es, se justifica el cobro del precio público si se da este tipo de uso (o el privativo, lo que no interesa en este momento examinar).

El uso especial es definido por la normativa aplicable, como “aquell en el qual concorren circumstàncies singulars de perillositat, intensitat d’ús o d’altres similars” (artículo 56,2 del Reglamento del patrimonio de los entes locales, Decret 336/1988 de 17 de octubre). Cuando se da este uso se debe exigir una licencia, por las condiciones

precisamente de tratarse de un uso de especial intensidad (artículo 56,3 del Reglamento antes citado).

## **2.2. Licencia de ocupación**

Situados en este marco normativo de referencia, podría pensarse que el precio público del artículo 45,2 de la LHL sería sólo exigible a las entidades que prestan el servicio de telecomunicación sobre el dominio público municipal con base en una licencia de actividad. Este planteamiento nos remitiría a la normativa de telecomunicaciones para determinar que actividades están o no sujetas a licencia.

Este planteamiento, sin embargo, lo juzgamos erróneo, pues entendemos que el artículo 45 de la LHL grava un uso especial que debe definirse, en si mismo, como uso demanial, y que exige la pertinente licencia de ocupación del dominio público precisamente por tratarse de un aprovechamiento especial. El titular de la competencia para exigir la licencia es el titular del bien demanial, pues estamos ante un supuesto de uso del dominio público.

Esta distinción de los títulos de potestad administrativa de intervención, ser titular del servicio o del bien sobre el que aquél se presta, no debe ocultar la incidencia que tiene uno sobre otro. Así, 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. El ente local no puede impedir el ejercicio de una actividad que posee licencia (artículo 44 y 45 de la ley 11/1988) 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 (en este sentido la STS de 26 de febrero de 1990, Ar. 1283 estableció que “esta regla general- ser actos unilaterales, discrecionales y revocables por implicar una situación jurídica discrecional y revocable, por implicar 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”).

#### **IV. Propuesta de modificación de las Ordenanzas municipales**

Como conclusión de todo lo expuesto, entendemos que la finalidad de homogeneizar la situación de las entidades prestadoras de servicios de telecomunicación exige lo siguiente: entender que toda entidad que preste este servicio a terceros utilizando el dominio público local debe estar sujeta al mismo precio público por utilización del demanio público. Para alcanzar este fin será preciso modificar las Ordenanzas reguladoras de la utilización de los bienes públicos municipales y la Ordenanza relativa a los precios públicos en los términos siguientes (seguimos utilizando como ejemplo las ordenanzas de Barcelona):

##### **1. Ordenanza reguladora de la utilización de bienes públicos municipales**

Se puede mantener la definición que se da de uso común especial en el artículo 5,b-1 :” aquell que suposi realització directa d’activitats en béns de domini públic en els casos següents... que l’ús revesteixi intensitat o perillositat, o que hi concorrin altres circumstàncies anàlogues que excedeixin allò que pot ser considerat com una utilització normal del domini públic, tot i que sigui sense ocupació d’aquest “. El uso especial no se define por la titularidad de una licencia de actividad, ser titular de la red, sino por ejercer una actividad sobre el dominio público de especial intensidad, lo que se puede producir tanto siendo titular de la red como utilizando dicha red que si ocupa el dominio público. Si que debería modificarse, en cambio, el régimen de la licencia, que se califica en todo caso como acto discrecional (artículo 13), cuando, como hemos visto, en el supuesto de actividad de telecomunicaciones es la licencia de actividad la que da derecho a utilizar el dominio público.

La licencia por construcción de la red deberá solicitarla, como licencia de obras, el titular de la concesión para su construcción. Pero es una licencia diversa de la demanial por uso especial.

##### **2. Ordenanza reguladora de los precios públicos por el aprovechamiento del vuelo, suelo y subsuelo**

Por lo que hace referencia a la Ordenanza fiscal 5,2 sobre precios públicos por el aprovechamiento del vuelo, suelo y subsuelo, no sería necesario modificar los artículos 2 y 3,1. En el artículo segundo se define correctamente el objeto del precio público: “l’objecte del preu públic regulat per aquesta ordenança és l’aprofitament del vol, el sòl y el subsòl per part de les empreses explotadores de serveis de subministraments que afecten la totalitat o una part important del veïnat”. El objeto es,

por tanto, el uso especial consistente en aprovechar el vuelo, suelo y subsuelo, esto es, el disfrute para un interés particular de un bien demanial mediante un uso de especial intensidad, uso que se diferencia del uso común.

El artículo tercero, apartado primero, también puede mantenerse. Establece que “genèricament, estan obligats al pagament d’aquest preu públic aquelles persones físiques o jurídiques a favor de les quals s’atorguen les llicències d’aprofitament especial, o les que es beneficien d’aquest aprofitament, en cas d’haver procedit sense l’autorització corresponent”.

El citado precepto vincula el pago del precio a la obtención de la licencia de utilización del dominio público como aprovechamiento especial, si bien prevé también el supuesto de quien actúe sin la preceptiva licencia. Como ya hemos indicado esta solución parece correcta, siempre que se entienda al mismo tiempo que la licencia por aprovechamiento especial es necesaria en todo caso de utilización del demanio, no sólo en los casos de su utilización como titular de la red. En el actual sistema de concurrencia utilizan el demanio los diversos titulares de licencias de explotación de redes y los prestadores de servicios a través de dichas redes. Por tanto, lo relevante es exigir la licencia a todos los operadores, entendiendo que todos ellos llevan a cabo un aprovechamiento especial del demanio, pues utilizan el subsuelo, sean o no titulares de la red, para prestar un servicio de contenido económico.

Esta licencia de uso especial no puede condicionar la actividad de prestar el servicio de telecomunicación, al que se accede según lo dispuesto en la legislación sectorial específica. Por tanto, deberá ser una licencia reglada, sin posibilidad de imponer condiciones ni de limitar el número de las mismas, tan sólo condicionada, en su caso, a la licencia de explotación de la red en virtud de la legislación específica.

La exigencia de esta licencia, mero trámite administrativo para legitimar el uso especial y el cobro del precio público, permitirá identificar a los sujetos pasivos.

Si que debería modificarse la redacción del apartado segundo del artículo tercero. Dicho apartado establece que “están obligats al pagament del preu públic regulat per aquesta ordenança les empreses explotadores dels serveis ...”. La referencia a empresas explotadoras puede interpretarse en el sentido de que sólo las entidades titulares de la red, y que explotan su utilización, son sujeto pasivo. Frente a dicha redacción creemos conveniente establecer que son sujetos obligados al pago las entidades que utilizan el dominio público para prestar servicios a la generalidad o una parte importante de vecinos. Ciertamente el artículo 45 de la LHL se refiere a empresas explotadoras de servicios, pero puede interpretarse este precepto en la ordenanza, en el sentido de que explotar el servicio es prestarlo, prestación que se

realiza a través del dominio público. Lo importante es que no se identifique el sujeto pasivo con quien administra la red, con quien es titular de la licencia para explotar la red. Es sujeto pasivo, por tanto, quien lleva a cabo un aprovechamiento especial, y tal aprovechamiento es el uso del demanio habilitado por una licencia de utilización, licencia que precisa tanto quien es titular de la red como quien actúa a través de la misma.

### **3. Conclusión final**

Lo expuesto hasta el momento nos permite poner de manifiesto como la propuesta que formulamos da satisfacción al objetivo previamente establecido. El nuevo marco de libertad en la prestación de servicios de comunicación exigía articular un sistema tributario homogéneo en aras a hacer realidad la competencia entre las diversas entidades que actúan en el sector. Según lo establecido en las argumentaciones anteriores, la situación futura debería responder al siguiente esquema:

- Todas las entidades que actúan en el sector, prestando servicios que afectan a la generalidad o una parte importante del vecindario, deberán pagar el precio público por aprovechamiento especial del dominio público. Dicho precio público deberá ser igual y calcularse de acuerdo con criterios asimismo idénticos previamente definidos normativamente.
- Las entidades que sean sujeto pasivo del precio público que acaba de mencionarse no estarán sujetas a la tasa por licencia de obras. La entidad titular de la red y que procede a su construcción no estará sujeta a esta tasa, con lo que su régimen se identifica con las entidades que utilizan la red pero no la construyen.
- Las entidades titulares de la red si estarán sujetas al ICIO, en tanto como titulares de una licencia de explotación de la red manifiestan una capacidad económica superior a las entidades que tan sólo la utilizan. Esta situación no es discriminatoria, pues también la entidad titular de la red cobrará un “peaje” a la entidad que usa su red, y con la que puede estar en competencia.

De este modo, por tanto, se consigue articular un sistema tributario homogéneo, que reconoce la titularidad demanial de los municipios y que es a su vez conforme con la nueva situación de competencia que rige la prestación de los servicios de telecomunicación.

Es esta nuestra opinión que con gusto sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Barcelona, a 25 de junio de 1998

Fdo. **Joaquín Tornos Mas**

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Fdo. **Antonia Agulló Agüero**

Catedrática de Derecho  
Financiero y Tributario  
Universidad de Barcelona