

Expediente: 10/2013

Objeto: Revisión de oficio de ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas de telefonía móvil.

Dictamen: 11/2013, de 9 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 9 de abril de 2013,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria; y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Presidenta del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 4 de marzo de 2013, traslada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (en adelante, LFCN), la solicitud de emisión de dictamen preceptivo de este Consejo, formulada por el Pleno del Ayuntamiento de Tafalla, en relación con la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de las ordenanzas fiscales número 21 de los ejercicios 2011 y 2012, reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil.

A la petición de dictamen se acompaña el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Tafalla, que incluye la certificación del acuerdo de revisión por motivo de nulidad de pleno derecho adoptado por el Pleno de dicho

Ayuntamiento en sesión celebrada el día 26 de febrero de 2013. En dicho acuerdo, además de desestimar las alegaciones presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, en el trámite de audiencia conferido al efecto, se ordena proceder a la revisión de oficio de las *“ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, correspondientes al año 2011 y 2012, al ser contrarias a derecho e incurrir en causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proponiéndose en consecuencia la declaración de nulidad del inciso final de los artículos 2 y 3 en la parte que expresa «con independencia de quien sea el titular de aquellas» así como al artículo 4 que cuantifica la tasa”*.

I.2ª. Expediente administrativo

En el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Tafalla constan, entre otros, los siguientes documentos más relevantes:

1.- Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Tafalla el día 26 de octubre de 2010 en cuya virtud se aprueban inicialmente las ordenanzas y sus anexos que regulan la exacción de una serie de tasas. Entre ellas se encuentra la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, cuya entrada en vigor se prevé para el día 1 de enero de 2011, previa su publicación en el Boletín Oficial de Navarra de los textos definitivamente aprobados.

2.- Copia del Boletín Oficial de Navarra número 142, de 22 de noviembre de 2010, donde se publica el acuerdo de aprobación inicial a que acabamos de referirnos.

3.- Alegaciones presentadas el día 3 de diciembre de 2010 por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, en el expediente de aprobación de las ordenanzas fiscales para el año 2011.

4.- Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Tafalla en sesión celebrada el día 29 de marzo de 2011, en el que se revoca la aprobación definitiva de la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, publicada en el Boletín Oficial de Navarra número 3 de fecha 5 de enero de 2011, se desestiman las alegaciones presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, y se aprueba definitivamente la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

5.- Copia del Boletín Oficial de Navarra número 79, de 27 de abril de 2011, donde consta la aprobación definitiva de la ordenanza municipal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

6.- Informe técnico-económico, fechado el 18 de octubre de 2010, base para la determinación de los importes de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, regulada en la Ordenanza fiscal número 21.

7.- Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Tafalla el día 7 de noviembre de 2011 en cuya virtud se aprueban inicialmente los anexos de tarifas de determinadas tasas para el ejercicio 2012. Entre ellas se encuentran las tarifas de la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, cuya entrada en vigor se prevé para el día 1 de enero de 2012, previa su publicación en el Boletín Oficial de Navarra de los textos refundidos resultantes.

8.- Copia del Boletín Oficial de Navarra número 224, de 11 de noviembre de 2011, donde se publica el acuerdo de aprobación inicial de la regulación de las tasas que regirán a partir de 1 de enero del año 2012.

9.- Alegaciones, fechadas el 18 de noviembre de 2011, presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, en el expediente de modificación de las ordenanzas fiscales para el año 2012.

10.- Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Tafalla en sesión celebrada el día 31 de enero de 2012, en el que se desestiman las alegaciones presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, y se aprueba definitivamente la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

11.- Copia del Boletín Oficial de Navarra número 44, de 2 de marzo de 2012, donde consta la aprobación definitiva de la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

12.- Informe del Técnico Económico del Área Económico Financiera del Ayuntamiento de Tafalla, de fecha 13 de septiembre de 2011, sobre la actualización de los parámetros de la Ordenanza fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

13.- Textos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012, en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11; y de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012 (recurso 4307/2009), de 15 de octubre de 2012 (recurso 861/2009), y de 15 de octubre de 2012 (recurso 1085/2010).

14.- Informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Tafalla de 8 de enero de 2013, en el que se concluye que procede la revisión de oficio y declaración de nulidad del inciso final de los artículos 2 y 3 en la parte que expresa “*con independencia de quién sea el titular de aquellas*”, así como del art. 4 que cuantifica la tasa establecida por las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, correspondientes al año 2011 y 2012.

15.- Informe de la Comisión Municipal de Cuentas del Ayuntamiento de Tafalla, de fecha 14 de enero de 2013, en el que se dictamina favorablemente la propuesta de revisión de las ordenanzas fiscales en los términos del informe jurídico que acaba de ser reseñado.

16.- Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tafalla, adoptado en sesión extraordinaria y urgente celebrada el día 15 de enero de 2013, de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, correspondientes al año 2011 y 2012, al estimar contrarios a Derecho el inciso final de los artículos 2 y 3 en la parte que expresa “con independencia de quien sea el titular de aquellas” así como al artículo 4 que cuantifica la tasa.

Asimismo, en dicho acuerdo se da trámite de audiencia a las entidades interesadas por plazo de diez días a partir del siguiente a su notificación, a fin de que puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas, y se ordena la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial de Navarra, “habida cuenta que se trata de la revisión de oficio de disposiciones de carácter general que pueden afectar a un número indeterminado de personas”.

17.- Alegaciones de 11 de febrero de 2013, presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, en las que se solicita que se suspenda, o al menos, se paralice cualquier intento por parte del Ayuntamiento “de aprobación, modificación o mantenimiento de la vigencia y eficacia de la ordenación y gestión” de la tasa.

18.- Informe de la Comisión Municipal de Cuentas, de 21 de febrero de 2013, con un pronunciamiento favorable sobre la propuesta de acuerdo de revisión de oficio de las ordenanzas fiscales número 21 de 2011 y 2012.

19.- Acuerdo adoptado por Pleno del Ayuntamiento Tafalla, en sesión celebrada el día 26 de febrero de 2013, desestimatorio de las alegaciones presentadas por REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, en el que, además, se decide proceder a la revisión de oficio de las *“ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, correspondientes al año 2011 y 2012, al ser contrarias a derecho e incurrir en causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proponiéndose en consecuencia la declaración de nulidad del inciso final de los artículos 2 y 3 en la parte que expresa «con independencia de quien sea el titular de aquellas» así como al artículo 4 que cuantifica la tasa”*.

Se decide asimismo, en dicho acuerdo, solicitar el preceptivo dictamen del Consejo de Navarra, con reducción del plazo ordinario previsto para la emisión del dictamen, en virtud de lo dispuesto en los artículos 22 de la LFCN y 31.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Tafalla a través de la Presidenta del Gobierno de Navarra, somete a dictamen de este Consejo de Navarra la propuesta de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del sintagma *“con independencia de quién sea el titular de aquéllas”* del apartado 2 del artículo 2 y del artículo 3, así como de la totalidad del artículo 4 de la Ordenanza Fiscal número 21 reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, tanto en su versión

publicada en el Boletín Oficial de Navarra número 79, de 27 de abril de 2011, vigente durante el año 2011, como en la publicada en el Boletín Oficial de Navarra número 44, de 2 de marzo de 2012, vigente a partir de 1 de enero de 2012.

La LFCN establece que el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra” [artículo 16.1.j) en la redacción dada por la Ley Foral 25/2001] y que los entes locales han de recabar dictamen a este Consejo “en los supuestos previstos como preceptivos en la legislación vigente” (artículo 19.3).

Para la revisión de oficio de las disposiciones administrativas, tal remisión nos lleva al artículo 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), a cuyo tenor “en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2”.

En consecuencia, es preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en el presente asunto sometido a consulta que, además, el precepto legal exige que sea favorable.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Tafalla ha declarado la urgencia del expediente y, en consecuencia, el Consejo de Navarra emite el dictamen dentro del plazo más breve posible.

II.2ª. Sobre la competencia e instrucción del procedimiento de revisión de oficio

Dado que nos hallamos ante una propuesta de revisión de oficio de ciertos preceptos de una ordenanza fiscal de un Ayuntamiento de Navarra hemos de tener en cuenta, en cuanto a la titularidad de la facultad revisora, el artículo 29 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local

de Navarra (en adelante, LFALN) que atribuye a los municipios de Navarra las competencias, potestades y prerrogativas que la legislación general reconoce a todos los del Estado. A su vez, el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), establece que las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La facultad revisora de las disposiciones generales de las Administraciones públicas se encuentra prevista por el citado artículo 102.2 de la LRJ-PAC que establece, según hemos dicho ya, que las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.

La facultad revisora corresponde, a tenor de lo establecido por el artículo 8 de la LFALN, a los mismos órganos de gobierno que la tienen atribuida de conformidad con lo establecido en la legislación general, por lo que deviene aplicable lo previsto por el artículo 123.1.I) de la LRBRL que reconoce al Pleno del Ayuntamiento las facultades de revisión de oficio de sus propios actos y disposiciones de carácter general.

En lo relativo a la tramitación del expediente, el artículo 102.2 de la LRJ-PAC guarda silencio sobre los diferentes pasos a seguir en la instrucción y resolución del procedimiento, que habrá de ajustarse a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la referida ley. Del citado artículo 102 de la LRJ-PAC, como de otros de la misma ley, se derivan algunas exigencias procedimentales específicas, como son la posible iniciación de oficio del expediente de revisión, la inexcusable audiencia al interesado y la necesidad de que el expediente se resuelva en el plazo máximo de tres meses desde su inicio (artículo 102.5) salvo que, al amparo de lo establecido en el artículo 42.5.c), se haya acordado su suspensión por el tiempo en que medie entre la

petición –que deberá comunicarse a los interesados- y la recepción de aquellos informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

En el presente caso, el expediente de revisión se ha iniciado de oficio por el propio Ayuntamiento, el cual ha emplazado a las entidades interesadas durante diez días, a fin de que puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas. Consta en el expediente la notificación de dicho trámite a las entidades... (...),..., y... Además, habida cuenta de que las ordenanzas fiscales son disposiciones de carácter general y pueden afectar a un número indeterminado de interesados, se ha publicado en el Boletín Oficial de Navarra número 14, de 22 de enero de 2013, el anuncio del plazo para formular alegaciones por todos aquellos que pudieran estar interesados en presentarlas.

En esta fase del procedimiento se ha recibido un escrito de alegaciones de la entidad REDTEL, Asociación de Operadores de Telecomunicaciones, que ha sido considerada y razonadamente desestimada en la propuesta de revisión remitida a este Consejo de Navarra para su dictamen.

Igualmente se ha acordado, al amparo del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, la suspensión del plazo máximo legal para resolver durante el tiempo que medie entre la solicitud de nuestro dictamen y su recepción, así como la notificación de dicho acuerdo a los interesados.

En consecuencia, puede afirmarse que el inicio del procedimiento y la propuesta de resolución se han adoptado por los órganos competentes para hacerlo y que se han cumplido los requisitos procedimentales exigidos para la tramitación de los expedientes de revisión de las disposiciones administrativas.

II.3ª. El marco jurídico de aplicación

La propuesta de revisión de oficio se refiere a algunos aspectos de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas

explotadoras de telefonía móvil, vigente durante los años 2011 y 2012 en el municipio de Tafalla. Las ordenanzas fiscales se han de elaborar de acuerdo con las disposiciones contenidas en la sección 3ª del capítulo primero del título noveno de la LFALN (artículo 13 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, en adelante, LFHLN).

El régimen general de la imposición y ordenación de los tributos locales se encuentra regulado en los artículos 56 y siguientes de la LFHLN y, más concretamente, por cuanto se refiere a las tasas locales, los artículos 100 y siguientes de la citada LFRHL establecen su régimen jurídico sustantivo.

II.4ª. Sobre la procedencia o improcedencia de la revisión de oficio

Para razonar sobre la juridicidad de la propuesta de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho formulada por el Ayuntamiento de Tafalla, conviene distinguir entre el inciso “con independencia de quién sea el titular de aquéllas” de los artículos 2 y 3, por un lado, y el artículo 4, por otro, todos ellos de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil.

A) Los artículos 2 y 3 de la ordenanza

El artículo 2 de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil, establece el hecho imponible de la tasa y su texto es el siguiente:

“1. Constituye el hecho imponible de la tasa el disfrute de la utilización privativa o los aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas que utilizan el dominio público para prestar los servicios de telefonía móvil que resulten de interés general o afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario.

2. El aprovechamiento especial del dominio público se producirá siempre que para la prestación del servicio de suministro se deban

utilizar antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, con independencia de quien sea el titular de aquellas.”

A su vez, el artículo 3 de la ordenanza citada dispone quiénes son los sujetos pasivos de la tasa, con el siguiente texto:

“Son sujetos pasivos las empresas o entidades explotadoras de servicios de telefonía móvil, tanto si son titulares de las correspondientes instalaciones o redes que materialmente ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, como si son empresas distribuidoras y/o comercializadoras de dichos servicios, con independencia de quien sea el titular de aquellas”.

La propuesta del Ayuntamiento de Tafalla está dirigida a declarar la nulidad de los términos “con independencia de quien sea el titular de aquellas” con que finalizan ambos artículos y los motivos de la nulidad derivan de su incompatibilidad con lo dispuesto por 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 (en adelante, Directiva autorización). Dicho artículo 13 tiene el siguiente contenido:

“Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos

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

La compatibilidad entre las tasas exigidas a las operadoras de servicios de telefonía móvil por la ocupación o aprovechamiento del dominio público mediante el uso de las redes y cableado de telefonía fija que son propiedad de otras empresas y el artículo 13 de la Directiva autorización ha sido examinada por la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012. Dicha sentencia recayó en cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo a propósito de tres recursos de casación, uno de los cuales se refería a una tasa similar a la que ahora nos ocupa, establecida por el Ayuntamiento de Tudela. Aunque no se cita ni se contempla en la sentencia del TJUE el artículo 100 de la LFHLN, sino el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, las conclusiones de la sentencia son perfectamente extrapolables a la cuestión de la compatibilidad entre el ordenamiento comunitario y el foral en el punto que nos ocupa, dada la semejanza –por no decir identidad- del régimen jurídico de las tasas locales de régimen común y foral en este aspecto. Prueba de ello es la resolución conjunta, en una sola y común sentencia, de las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en relación con sendas tasas locales por utilización del dominio público por las redes de telefonía móvil, dos de las cuales eran de régimen común y la tercera correspondiente al Ayuntamiento de Tudela, establecida al amparo del artículo 100 de la LFHLN.

El Tribunal de Justicia dictamina que, si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, del artículo 11.1, primer guión, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), se deduce que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir a aquélla que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el

espacio situado por encima del suelo. Los términos «recursos» e «instalación» -es también doctrina del Tribunal de Justicia- remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

De todo ello, el Tribunal de Justicia extrae la conclusión de que *“únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella”,* y que *“no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de «canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público”*. En definitiva, el artículo 13 de la Directiva autorización, al que el Tribunal de Justicia reconoce efecto directo, 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”*.

Tras esta sentencia no ofrece duda que la tasa establecida en las ordenanzas cuya nulidad parcial se pretende declarar por el Ayuntamiento de Tafalla, no puede ser exigida a los operadores de telefonía móvil que se sirven de las redes o instalaciones físicas de otros operadores que, éstas sí, ocupan el dominio público. Los incisos finales de los artículos 2 y 3 de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil, vigente en los años 2011 y 2012, no son compatibles con el Derecho comunitario.

Ahora bien, *prima facie*, la incompatibilidad de una norma con el Derecho comunitario no es determinante de la nulidad de pleno derecho de esa norma, dado que no existe propiamente una relación de jerarquía entre ambas. El deber de los tribunales de justicia de inaplicar el derecho interno contrario a una directiva que no ha sido traspuesta dentro del plazo habilitado para ello o que lo ha sido de una manera incorrecta, no se basa en una sanción de nulidad prevista para estos casos por la ley española, sino en un criterio jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo que impide a los Estados miembros invocar en su beneficio el propio incumplimiento de la normativa comunitaria.

Sólo el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la nulidad de las leyes, por oponerse a la Constitución o al llamado bloque de constitucionalidad. En cuanto a los reglamentos (la ordenanza que aquí nos ocupa tiene rango reglamentario), pueden ser revisados de oficio por la propia Administración cuando incurren en nulidad de pleno derecho en los términos previstos por el artículo 62.2 de la LRJ-PAC, es decir cuando vulneran la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, cuando regulan materias reservadas a la Ley, y cuando establecen la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La primacía del Derecho comunitario no se discute desde el «*leading case*» *Costa/ENEL*, de 15 de junio de 1964, y desde la más incisiva sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, que encomienda al juez nacional ordinario la protección de los derechos concedidos a los particulares por el Derecho comunitario. Esta última sentencia, basándose en el principio de primacía, convierte en “inaplicable de pleno derecho” toda legislación nacional ya existente que sea contraria a él e impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias. Tal como se puede leer en el punto 24 de la sentencia *Simmenthal*, “*el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera*

disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

Esta jurisprudencia comunitaria requiere una compleja labor de reconstrucción conceptual para ser adaptada al Derecho interno español, puesto que nuestros jueces están obligados a aplicar las leyes, que sólo se derogan por otras posteriores (artículo 2.2 del Código Civil) y el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio para declarar su invalidez o inconstitucionalidad. No es fácil asumir, sin un pausado proceso de reflexión, declaraciones como la contenida en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, del Tribunal de Justicia, cuando dice que *“la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez del acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio del Estado”.*

Nuestro Tribunal Constitucional admite el principio de primacía del Derecho comunitario y la vinculación del Derecho español, en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Española (en adelante, CE), pero de ahí no puede derivarse que las normas europeas adquieran rango y fuerza constitucionales:

“el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (Sentencia Costa/E. N. E. L., de 15 de julio de 1964).

Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 de

la Constitución.” (Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero y, en sentido similar, las sentencias 64/1991, 111/1993 y 13/1998, entre otras).

La contradicción entre el Derecho comunitario y las normas internas no se resuelve en un juicio de validez o constitucionalidad de las segundas, sino en un simple problema de determinación de la norma aplicable al caso. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de su sentencia 180/1993, de 31 de mayo:

“En relación con el supuesto más específico de la legislación comunitaria, este Tribunal ha indicado también que la eventual infracción de ésta por leyes estatales o autonómicas posteriores -y también por las anteriores- no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991).

De lo dicho anteriormente se deduce, por consiguiente que la aplicación por la Sentencia impugnada de determinadas normas nacionales sin aplicar de forma directa otras normas del Derecho comunitario, que los actores entienden aplicables al caso, constituye, como tal, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde decidir exclusivamente al órgano jurisdiccional, único habilitado para seleccionar las disposiciones legales que estima aplicables al supuesto de hecho debatido en el litigio sometido a su consideración.”

Ahora bien, esta doctrina debe ser matizada cuando se trata de enjuiciar la validez de las normas reglamentarias contrarias al Derecho comunitario dado que existe una corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo que hace derivar la nulidad de algunas disposiciones reglamentarias de su incompatibilidad con una directiva. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (recurso 163/1966) dice:

“Por consiguiente en la medida en que la norma reglamentaria cuestionada no sujeta la excepción al régimen general de protección de las especies a los límites que se establecen de manera expresa en la

Directiva que transpone y en la referida Ley 4/1989, infringe el ámbito con que el ordenamiento configura la potestad reglamentaria y, consecuentemente incurre en motivo de nulidad conforme al artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Más recientemente y de forma más incisiva y extensa, el Tribunal Supremo ha declarado con rotundidad que son sancionables con nulidad las disposiciones reglamentarias que, aun siendo conformes con la ley interna, contravienen el Derecho comunitario. Dice la sentencia de 11 junio 2001 (recurso 117/2000):

“A partir de la adhesión, y formando parte del acervo comunitario el principio de primacía del derecho comunitario y su corolario de la inaplicación de las normas nacionales que a él se opongan, cualquiera que sea su rango, el control jurisdiccional de la adecuación a derecho de los Reales Decretos incluye no sólo el juicio de contraste de éstos con las Leyes de las que traigan causa, sino también la eventual verificación del ajuste de dichas Leyes nacionales, reproducidas o aplicadas en los Reales Decretos, a las normas de derecho comunitario, sean éstas de derecho originario o derivado.

Examen de la adecuación de las Leyes nacionales al derecho comunitario tanto más necesario cuando éstas tengan como finalidad, precisamente, la de transponer o incorporar a nuestro ordenamiento normas comunitarias –por lo general, Directivas– y que corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la constitucional, como hemos sostenido en otras ocasiones, dado que es función de la jurisdicción ordinaria y, dentro de ella, de este Tribunal en cuanto órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, velar por la aplicación del derecho comunitario, función que el propio Tribunal Constitucional reconoce que a esta jurisdicción y no a él le corresponde, según afirmó en la sentencia 28/1991 y ha venido reiterando, al destacar la irrelevancia constitucional del conflicto entre las Leyes nacionales y las normas

comunitarias, en sucesivas sentencias constitucionales (64/1991, 180/1993, 372/1993, 213/1994, 45/1996, 13/1998, entre otras).

Hemos reiterado estas consideraciones en diversas sentencias, entre las que pueden citarse las dictadas por esta Sala del Tribunal Supremo el 3 de noviembre de 1993 y el 29 de octubre de 1998, que rectifica la jurisprudencia precedente, así como la de 26 de enero de 2000, en la que expresamente afirmamos que «la eventual acomodación de la norma reglamentaria impugnada en un recurso contencioso-administrativo con una Ley interna no es obstáculo para que los órganos judiciales de este orden jurisdiccional aprecien la disconformidad de aquélla con el derecho comunitario y, por aplicación del principio de primacía de éste sobre el derecho interno, la anulen»; afirmaciones similares se han plasmado en diversos autos de planteamiento por este Tribunal Supremo de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (autos de 12 de junio de 1999, 22 de febrero de 1999 y 14 de febrero de 2000), rechazando análogas alegaciones a la que ahora vuelve a suscitar el Abogado del Estado, formando todo ello un cuerpo de doctrina consolidado suficiente para rechazar la objeción de inadmisibilidad opuesta.»

A esta doctrina jurisprudencial podría añadirse, en el caso que nos ocupa, que las normas de rango legal que habilitan al Ayuntamiento de Tafalla a establecer las tasas por ocupación del dominio público (en concreto, el artículo 100 y concordantes de la LFHLN) han de ser interpretadas de conformidad con el Derecho comunitario. En la ley foral se realiza una delimitación genérica de los presupuestos de hecho susceptibles de ser elevados a la categoría de hechos imposables de las tasas por parte de las entidades locales. No se menciona expresamente el aprovechamiento del dominio público a través de la utilización de instalaciones o recursos pertenecientes a terceros, por lo que la norma legal admite una interpretación que excluya el uso indirecto que realizan las operadoras de telefonía móvil cuando utilizan, mediante conexión, las redes físicas de otras compañías.

Los aplicadores del Derecho están obligados a la interpretación conforme al Derecho comunitario porque, como dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia –entre otras- de 7 de noviembre de 1989 (asunto *H. F. M. Nijman*, 125/88) “*la obligación, derivada de una Directiva, de que los Estados miembros alcancen el resultado previsto por la misma, así como su deber, con arreglo al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De lo anterior se deduce que, para alcanzar el resultado previsto en el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado, el órgano jurisdiccional nacional, al aplicar el Derecho nacional, deberá interpretarlo a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva*”.

Ello quiere decir que el establecimiento de la tasa por aprovechamiento del dominio público a través de redes o instalaciones físicas de telefonía que son propiedad de terceros no puede ser hecho imponible de las tasas locales, a la luz de una interpretación de la LFHLN acorde con las exigencias del Derecho comunitario. Si esto es así, resulta factible alcanzar la conclusión de que los incisos finales de los artículos 2 y 3 de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil, son contrarios a la legislación vigente y, por tanto, nulos de pleno derecho en los términos estrictos del artículo 62.2 de la LRJ-PAC y susceptibles de revisión de oficio en virtud de lo dispuesto por el artículo 102.2 de la misma LRJ-PAC.

B) El artículo 4 de la ordenanza

El artículo 4 de la ordenanza, objeto de este dictamen, en su versión vigente en 2011, establece lo siguiente:

“Artículo 4. Para determinar la cuantía de la tasa por utilización primitiva o aprovechamiento especial del dominio público municipal por parte de los servicios de telefonía móvil, que precisan utilizar la red de

telefonía fija instalada en este Municipio se aplicarán las fórmulas siguientes de cálculo:

a) *Base Imponible*: La base imponible, deducida de la estimación del aprovechamiento especial del dominio público por el servicio de telefonía móvil se calcula:

$$BI = Cmf * Nt + (NH * Cmm)$$

Siendo:

Cmf = consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil. Su importe para el ejercicio 2010 es de 50,00 euros/año.

Nt = Número de teléfonos fijos instalados en el municipio, que en el año 2010 es de 5.093.

NH = 95% del número de habitantes empadronados en el Municipio, en el año 2010 son 11.394 = 10.824.

Cmm = Consumo medio telefónico y de servicios estimado por el teléfono móvil por llamadas de móvil a móvil. Su importe para el año 2010 es de 262,97 euros/año.

b) *Cuota básica*: La cuota básica global se determina aplicando el 1,4% a la base imponible.

$$CB = 1,4\% s/BI$$

$$\text{Cuota tributaria / operador} = CE * CB$$

Siendo:

CE = Coeficiente atribuible a cada operador, según su cuota de participación en el mercado, incluyendo las modalidades de prepago y postpago.

El valor de la cuota básica (CB) para el año 2011 es de 43.414,52 euros.

c) *Imputación por operadores:*

Para el 2011 el valor de CE y la cuota a satisfacer por cada operador son las siguientes:

OPERADOR	CE	CUOTA ANUAL
Telefónica móviles	43,6%	18.928,73 euros
...	30,4%	13.198,01 euros
...	20,4%	8.856,56 euros
...	2,5%	1.085,36 euros
...o	3,1%	1.345,86 euros

A efectos de determinar el coeficiente CE, los sujetos pasivos podrán probar ante el Ayuntamiento que el coeficiente real de participación en el ejercicio 2010 (inmediatamente anterior al de la liquidación) ha sido diferente. En este caso, las autoliquidaciones trimestrales se ajustarán aplicando el coeficiente acreditado por el obligado tributario.”

Y, por lo que se refiere al texto vigente en 2012, su tenor literal reza del siguiente modo:

“Artículo 4. Para determinar la cuantía de la tasa por utilización primitiva o aprovechamiento especial del dominio público municipal por parte de los servicios de telefonía móvil, que precisan utilizar la red de telefonía fija instalada en este Municipio se aplicarán las fórmulas siguientes de cálculo:

a) *Base Imponible:* La base imponible, deducida de la estimación del aprovechamiento especial del dominio público por el servicio de telefonía móvil se calcula:

$$BI = Cmf * Nt + (NH * Cmm)$$

Siendo:

Cmf = Consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil. Su importe para el ejercicio 2011 es de 38,38 euros/año.

Nt = Número de teléfonos fijos instalados en el municipio, que en el año 2011 es de 4.907.

NH = 95% del número de habitantes empadronados en el Municipio, a 1 de enero de 2010 son 11.413 = 10.842.

Cmm = Consumo medio telefónico y de servicios estimado por el teléfono móvil por llamadas de móvil a móvil. Su importe para el año 2011 es de 256,78 euros/año.

b) Cuota básica: La cuota básica global se determina aplicando el 1,4% a la base imponible.

$$CB = 1,4\% \text{ s/BI}$$

$$\text{Cuota tributaria/operador} = CE * CB$$

Siendo:

CE = Coeficiente atribuible a cada operador, según su cuota de participación en el mercado, incluyendo las modalidades de prepago y postpago.

El valor de la cuota básica (CB) para el año 2012 es de 41.616,66 euros.

c) Imputación por operadores:

Para el 2012 el valor de CE y la cuota a satisfacer por cada operador son las siguientes:

OPERADOR	CE	CUOTA ANUAL EUROS
<i>Telefónica móviles</i>	<i>41,80%</i>	<i>17.395,76</i>
<i>...</i>	<i>29,40%</i>	<i>12.235,30</i>

...	20,10%	8.364,95
...	3,90%	1.623,05
...	4,80%	1.997,60

A efectos de determinar el coeficiente CE, los sujetos pasivos podrán probar ante el Ayuntamiento que el coeficiente real de participación en el ejercicio 2011 (inmediatamente anterior al de la liquidación) ha sido diferente. En este caso, las autoliquidaciones trimestrales se ajustarán aplicando el coeficiente acreditado por el obligado tributario.”

De esta norma se deduce que el importe agregado de la cuota exigible por aplicación de la tasa equivale al 1,4 % de la facturación por uso de teléfono móvil en el municipio, estimada de forma objetiva a partir de los consumos medios por habitante o por unidad urbana, en conexiones de teléfonos móviles con otros teléfonos móviles y con teléfonos fijos respectivamente. El importe estimado de la facturación global en el municipio se distribuye, conforme a la antigua técnica de los cupos o repartimientos, entre las compañías operadoras en función de la cuota estimada de participación en el mercado de cada una de ellas.

Sobre la adecuación a la ley de una norma similar a ésta se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, habiendo concluido en su nulidad por las razones expresadas en el fundamento tercero de la sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso 1.085/2010) y del fundamento cuarto de la sentencia de la misma fecha dictada en recurso 861/2009, ambas referidas a las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil del Ayuntamiento de Tudela que, en lo que aquí interesa, tienen el mismo contenido (cfr. Boletín Oficial de Navarra número 158, de 21 de diciembre de 2007). Dice el Tribunal Supremo:

“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 adecúa 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.”

A la vista de lo expuesto es necesario afirmar, igualmente, la nulidad del artículo 4 de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de telefonía móvil, vigente en el municipio de Tafalla en los años 2011 y 2012.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho del inciso “con independencia de quién sea el titular de aquéllas” del apartado 2 del artículo 2 y del artículo 3, así

como de la totalidad del artículo 4, todos ellos de la Ordenanza Fiscal número 21 del Ayuntamiento de Tafalla, reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, en las versiones que han estado vigentes durante los años 2011 y 2012.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.