



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

ASUNTO: BIENES

Sobre la utilización por terceros de las canalizaciones de alumbrado público para la instalación de fibra óptica.

269/12

FC

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Solicitud de Informe presentado por el Sr. Alcalde sobre las posibles actuaciones ante la petición de un tercero de utilizar las canalizaciones de alumbrado público para la instalación de fibra óptica.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- ✿ Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local
- ✿ Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

- ✿ Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- ✿ Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por RD legislativo 2/2004

III. FONDO DEL ASUNTO

El subsuelo de los espacios públicos constituye lo que ha venido en llamarse el demanio municipal, y por consiguiente, también las conducciones e instalaciones que sobre el mismo se realizan por los Ayuntamientos a fin de prestar los servicios públicos de su competencia (artículo 26 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LBRL-) tales como abastecimiento de agua, saneamiento, alumbrado público, etc.

Así el artículo 79.3 de la LBRL determina que “Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público”, llevando aparejada tal condición los caracteres propios de este tipo de bienes: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, conforme establece el artículo 80 de ella propia LBRL, así como el artículo 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL, aprobado por RD .

Pero es más, el artículo 3.1 del RBEL atribuye la **condición de bienes de uso público local** a “los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás **obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local.**”

De tal condición de bienes de dominio público se deriva la regulación de su utilización por el propio RBEL, cuyo artículo 75 establece las diversas formas de utilización de éstos:



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

1. **Uso común**, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará:
 - a. *General*, cuando no concurren circunstancias singulares.
 - b. *Especial*, si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante.
2. **Uso privativo**, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.
3. **Uso normal**, el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte.
4. **Uso anormal**, si no fuere conforme con dicho destino.

Sin embargo, y por lo que aquí interesa, no siempre ha sido unánime la catalogación del tipo de uso del dominio público que supone la instalación de redes de telecomunicación en el subsuelo de del mismo.

Resulta clarificadora a este respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 17 de septiembre de 2004, que realiza el siguiente pronunciamiento:

“El propio Reglamento aquí impugnado, consciente de que para el caso es difícil determinar si nos encontramos con un uso privativo o un uso común especial, se refiere de modo indistinto a «autorizaciones y concesiones» (art. 1º del Reglamento). Para el caso, el uso de una parte del subsuelo puede considerarse privativa en cuanto a la concreta conducción en la que se inserta el cableado de la empresa pero a la vez puede considerarse común especial con respecto al conjunto o «prisma» de conducciones y elementos comunes (registros) a todas ellas, para finalmente tenerse que valorar el carácter desmontable de parte de dichas instalaciones.

La STS de 22 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1386) , precisa.

«En el uso y utilización de los bienes de dominio público municipal, como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala (por todas, SSTS de 6 de julio de 1981 , 29 de enero de 1985 , 5 de junio de 1987, 1 de mayo de 1989 y 6 de mayo de 1996, cabe distinguir, a tenor del artículo 59 del Reglamento de 27 de mayo de 1955 –artículo 75 del Reglamento de 1986 – un uso común que puede ejercitar por igual todo ciudadano, sin que requiera una cualificación específica, un uso especial, cuando concurren circunstancias de este carácter que colocan al usuario en una situación distinta del



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

resto del público, y un uso privativo que se realiza por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización de los demás interesados. En la praxis jurisprudencial, el criterio utilizado para distinguir el uso privativo del especial es, atendiendo a las circunstancias de cada caso, determinar si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una «ocupación», o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo».

En consecuencia, debemos entender que aquellos elementos de la instalación susceptibles de ser retirados en cualquier momento y en modo que no perjudique al resto de la instalación, son elementos que implican un uso común especial del dominio público y sobre los cuales el Ayuntamiento no puede ejercer el derecho de reversión, por cuanto el art. 80 del RBEL lo reserva para lo que sea objeto de concesión.”

Por tanto, en la medida en que el cableado y demás instalaciones puedan retirarse, se tratará de un uso común especial normal, que “se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general” (ex artículo 77.1 del RBEL).

Dispone el propio artículo 77.2 del RBEL :

“Las licencias se otorgarán directamente, salvo si por cualquier circunstancia se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y, si no fuere posible, porque todos los autorizados hubieren de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo.3. No serán transmisibles las licencias que se refieran a las cualidades personales del sujeto o cuyo número estuviere limitado; y las demás, lo serán o no según se previera en las ordenanzas.» Por tanto, la instalación de redes de telecomunicación por parte de empresas privadas en las conducciones subterráneas de titularidad municipal constituyen, en principio, un uso común especial normal del demanio público y estará sujeta a licencia.

Es frecuente que por algunos municipios se regule el otorgamiento de este tipo de licencias en concreto mediante ordenanzas, precisamente para ordenar el uso del dominio público por empresas operadoras de telecomunicaciones, ya que a raíz de la liberalización de este sector es frecuente que se reciban en los Ayuntamientos solicitudes del tipo planteado por XX Tales ordenanzas pretenden evitar una multiplicidad de instalaciones, de manera que autorizado un operador los que soliciten licencia posteriormente pueden utilizar las conducciones ya existentes.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

En el Ayuntamiento de XX se encuentra publicad en el BOP de la provincia de 31 de diciembre de 2009 la **“ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general”**.

Ahora bien el momento jurídico-procedimental en el que nos encontramos tras la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 12 de julio de 2012 no es precisamente clarificador, pues la misma tumba de plano las casi 1.400 Ordenanzas Municipales que venían regulando la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general. De ahí, que antes de realizar un pronunciamiento desde esta Oficialía Mayor sobre esta cuestión consideramos necesario realizar un análisis de los elementos que sobre la misma inciden.

1.La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europea y del Consejo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.-Es esta la norma comunitaria que diversos operadores de telefonía móvil en España han esgrimido para, en casación, instar del TJUE la inadecuación de la tasa referenciada a la esta Directiva Comunitaria

La misma, en su artículo 13 dispone:

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).*

2.Contenido de las Ordenanzas.-Las distintas Ordenanzas, entre ellas la de XX, disponen:

Artículo 2.º. Hecho imponible

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 o entidades que utilizan el dominio público para prestar los servicios de



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario.

Artículo 3.º. Sujetos pasivos.

1. Son sujetos pasivos las empresas o entidades explotadoras de servicios de suministro que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, tales como los de abastecimiento de agua, suministro de gas, electricidad, telefonía (fija o móvil) y otros análogos, así como también las empresas que explotan la red de comunicación mediante sistemas de fibra óptica, televisión por cable o cualquier otra técnica, independientemente de su carácter público o privado. A estos efectos, se incluyen entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de los mismos.

2. A los efectos de la tasa aquí regulada, tienen la consideración de sujetos pasivos las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el apartado anterior, **tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.**

3. También serán sujetos pasivos de la tasa las empresas y entidades, públicas o privadas, que presten servicios, o exploten una red de comunicación en el mercado, conforme a lo previsto en los artículos 6 y concordantes de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones.

4. Las empresas titulares de las redes físicas, a las cuales no les resulte aplicable lo que se prevé en los apartados anteriores, están sujetas a la tasa por ocupaciones del suelo, el subsuelo y el vuelo de la vía pública, regulada en la Ordenanza fiscal correspondiente.

3. Pronunciamiento del TJUE.-En la referenciada Sentencia de de 12 de julio de 2012, en la parte que aquí interesa, declara: *el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil".*

4. Análisis de conjunto de la cuestión.-La tasa regulada en estas ordenanzas grava, como hemos visto, el uso que hacen los operadores de telefonía móvil de las infraestructuras de telecomunicaciones que ocupan el dominio público local, aunque no sean los titulares de estas instalaciones. El importe de la tasa se determina -



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

artículo 24.1.a) 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 (en adelante TRLHL)- tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Para calcular la cuota tributaria se tiene en cuenta en las ordenanzas:

- el consumo telefónico medio estimado, por unidad urbana, corregido por el coeficiente atribuido a la participación de la telefonía móvil.
- el número de teléfonos fijos instalados en el Municipio.
- el consumo medio telefónico y de servicios estimado por teléfono móvil por llamadas de móvil a móvil.
- el coeficiente atribuible a cada operador, según su cuota de participación en el mercado.

Recordemos, como hemos dicho en el punto 1 de este análisis, a que estas ordenanzas fueron recurridas por las empresas de telefonía móvil ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia; recursos que fueron desestimados y que, además, se rechazó la solicitud de las recurrentes de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Contra las sentencias desestimatorias dictadas en instancia, las entidades demandantes interpusieron recursos de casación, volviendo a solicitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Nuestro Tribunal Supremo, que había confirmado en la sentencia de 16 de febrero de 2009 la legalidad de la ordenanza reguladora de la tasa de telefonía móvil del municipio de Badalona, en parecidos términos redactada que el resto de Ordenanzas afectadas, aceptó la solicitud de las entidades recurrentes en casación y consideró necesario plantear ante el TJUE diversas cuestiones prejudiciales, que por no hacer excesivamente extenso el presente informe ahora no reproducimos.

La sentencia de TJUE, concluye, por un lado, que artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que **se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada**, o por encima o por debajo de la misma, **a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios** de telefonía móvil y, por otra parte, que el citado precepto tiene efecto directo.

El pronunciamiento contenido en esta Sentencia trasciende a las ordenanzas municipales recurridas en casación y afectan a las casi 1.400 Ordenanzas municipales que regulan de parecida forma esta cuestión tributaria.. La mayor parte de estas



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

ordenanzas están hoy recurridas y la resolución de los recursos vendrá determinada necesariamente por esta sentencia del TJUE.

La sentencia, en línea con el planteamiento del Tribunal Supremo, concluye que el artículo 13 de la Directiva autorización no permite a los Estados miembros gravar a los operadores de telefonía móvil con un canon por el uso de los recursos instalados en el dominio público y pertenecientes a otras empresas, con el siguiente argumentario:

"30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. 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, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco 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 aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el vuelo de los bienes públicos o privados.

32. Por otra parte, como señaló la Abogada General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos «recursos» e «instalación» 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.

33. De ello se desprende 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".

Por tanto, y como **CONCLUSIÓN**, no es posible gravar con este canon el mero uso de las infraestructuras por empresas distintas de aquellas que lo han ejecutado.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

Sin embargo no argumenta la sentencia, aunque sí la Abogado General, cuál sería la base imponible de la tasa que sí se puede exigir a quien realice la obra de "cableado" utilizando el dominio público. Se argumenta al respecto en las conclusiones de la Abogado General que un canon impuesto al amparo del citado precepto sólo estará justificado objetivamente si guarda relación con la intensidad de uso del recurso escaso, dado que la finalidad que se persigue con este gravamen es garantizar el uso óptimo de estos recursos. Y se argumenta también que el canon no será proporcionado si su cuantía se determina utilizando parámetros que van más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos. Entrando en el análisis de los parámetros utilizados en las ordenanzas municipales para determinar la cuantía de la tasa, se concluye que no tienen ninguna relación con la intensidad de uso del dominio público local. Acaba su razonamiento la Abogado General en relación con esta cuestión, manifestando que no pueden considerarse equivalentes desde el punto de vista económico el uso que hacen del dominio público las empresas titulares de las instalaciones, que afectan directamente a la disponibilidad de estos bienes, limitando los derechos de la Administración titular, del uso que hacen las empresas que utilizan las instalaciones de otras, que no produce este efecto. De manera que si al determinar la cuantía del gravamen no se tiene en cuenta la diferente intensidad de uso que hacen del dominio público unas empresas y otras se infringirá el principio de no discriminación al tratar de igual forma situaciones diferentes.

Por último, y en contestación a una de las cuestiones prejudiciales planteada por nuestro Tribunal Supremo, la sentencia concluye que el artículo 13 de la **Directiva autorización es de aplicación directa**, teniendo los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo. Por tanto, y como ya hemos apuntado, una de las consecuencias de esta sentencia del TJUE es que el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia deberán estimar los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las Ordenanzas municipales reguladoras de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, anulándolas en todo aquello que sean contrarias al artículo 13 de Directiva autorización, en la interpretación que hace la sentencia.

Sin embargo, sentada la conclusión de que no es posible gravar con este canon el mero uso de las infraestructuras por empresas distintas de aquellas que lo han ejecutado, quedan por dilucidar dos cuestiones para que el Ayuntamiento de XX pueda aplicar la tasa al operador solicitando del cableado con fibra óptica a través de las conducciones subterráneas del alumbrado público:



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

- Sistema de cálculo de la base imponible, y por ende de la cuota tributaria, para teniendo en cuenta la diferente intensidad de uso que hacen del dominio publico unas empresas y otras no se infringirá el principio de no discriminación.
- Sistema de concesión de la licencia. Es decir, si se otorga al primer solicitando sin más o se pone en conocimiento de todos los operadores.

Sobre la primera cuestión deberían tenerse en cuenta las determinaciones del artículo 24.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por RD legislativo 2/2004

Sobre la segunda cuestión, Ayuntamientos como el de Jerez de la Frontera (Cádiz) lo ha resultado en su ordenanza, una vez recibida la solicitud por cualquier suministrador lo pone en conocimiento del resto de empresas suministradoras a los efectos de que lleguen a acuerdos de compartir las instalaciones.

Así pues, y como **CONCLUSIÓN FINAL**, el momento actual no ofrece una solución positiva a las pretensiones del Ayuntamiento de XX, por cuanto la Ordenanza del mismo está afectada de forma sustancial por la Sentencia comentada del TSJUE. No pudiendo aplicarla en la forma que su contenido determina, con lo que debería procederse a su modificación adaptándola a la mencionada Sentencia.

Badajoz, octubre de 2012