

JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense

Socio Director de F&J Martín Abogados

Según el artículo 2 de la recientemente aprobada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTL), estas últimas son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. Sin embargo, en su apartado segundo se establece que sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a las obligaciones dimanantes del mismo los enunciados en su artículo 4 (defensa nacional y protección civil) y en el Título III. Tales obligaciones pueden recaer sobre operadores que obtengan bien derechos de ocupación de dominio público o de la propiedad privada, bien derechos de uso del dominio público radioeléctrico u ostenten la consideración de operador con poder significativo en un determinado mercado.

Bajo el rótulo «*Obligaciones de servicio público*», el Capítulo I del Título III determina su contenido material así como las categorías a las que los operadores están sometidos, entre ellas, el servicio universal. Este último se define en su artículo 22 como «*el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible*».

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para determinar si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados, o, lo que es lo mismo, si éstos se encuentran en desventaja competitiva en relación a los que no han de hacer frente a su prestación (art. 24). En caso afirmativo, su coste neto se determina con arreglo a dos mecanismos. De un lado, mediante el procedimiento de designación de operadores encargados de realizar el servicio (art. 23.2). De otro, en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Según la ley ambos se determinarán reglamentariamente.

El coste neto ha de ser financiado por todas o determinadas categorías de operadores en condiciones de transparencia, teniendo en cuenta que, en caso de aplicarse este mecanismo de reparto, y una vez fijado su importe, corresponde a la citada Comisión determinar las aportaciones a realizar por cada uno de los operadores. Dichas aportaciones, fijadas también por vía reglamentaria, se depositarán en un «*Fondo Nacional del servicio universal*» que garantiza su financiación. Sus gastos de gestión serán deducidos de su saldo, y todos los rendimientos que genere minorarán la contribución de los aportantes.

Partiendo de todo lo anterior, ¿cual será la naturaleza jurídica de la prestación? Somos de la opinión de que, en principio, no hay duda de que estamos en presencia de una prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución. Cuestión distinta es si le podemos atribuir carácter tributario.

Para la STC 185/1995, de 14 de diciembre, «*la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público*». De éstas nos dice el artículo 31.1 de la Constitución que sólo «*podrán establecerse... con arreglo a la ley*». ¿Cuándo puede considerarse que estamos en presencia de una auténtica prestación de este tipo? La STC 185/1995 reconoce que esta expresión es más amplia que el concepto de tributo y no queda condicionada por ninguna de las figuras jurídicas existentes en el momento de la elaboración y aprobación de la Constitución. Lejos de definirla con matices muy precisos, sólo enumera tres criterios que han de tenerse en cuenta. El primero, que el presupuesto de hecho de la obligación no debe realizarse de forma libre y espontánea. El segundo, que la decisión de obligarse no debe ser real ni efectiva. Por último, que estemos ante un monopolio de hecho o de derecho.

El primero y el tercero son predicables de la contribución del artículo 24 de la LGTL. De un lado, aunque la empresa es libre para optar a la concesión que le permite poder operar, el mero hecho de obtener la concesión supone el nacimiento de la obligación de pago. De otro, el servicio universal es un servicio público, una prestación obligatoria impuesta por el Estado, que debe garantizarse a todos los ciudadanos por parte de los operadores que se designen. Dicho de otro modo, no es un servicio más, es accesorio, independiente al resto de servicios del sector y de obligado cumplimiento por los operadores. Sin embargo, la obligación recae en estos sólo de forma traslativa, ya que es el Estado mismo quien es responsable de procurar la prestación. Razones técnicas, operativas y de efectividad hacen, con toda lógica, que su prestación se lleve a cabo por aquellos que cuentan con los medios materiales para asegurar adecuadamente su prestación. Sin embargo, es el Estado el que, mediante ley formal, configura el marco jurídico necesario para garantizar este servicio esencial, y por ende es el responsable último de su cumplimiento.

Por todo ello hemos de concluir que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público según la doctrina del Alto Tribunal. Ahora bien, ¿estamos ante un tributo? Según el artículo 2.1 de la Ley General Tributaria, los tributos «*son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos*». Este concepto, pese a su carácter didáctico, responde a la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en la materia, ya que nuestra Constitución no define este tipo de recursos públicos.

Aplicando este concepto a la prestación definida en el artículo 24 de la LGTL hemos de concluir que nos encontramos ante un tributo. Resulta evidente que su exigencia se encuentra en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por parte de los operadores. El servicio público universal es competencia estatal y debe ser financiado con cargo a tales gastos, pero, tal y como hemos avanzado, la LGTL opta por que sean los operadores quienes hagan frente el mismo.

El gasto público puede financiarse de distintas maneras y, sin duda, una de ellas consiste en hacer recaer sobre los propios operadores el coste de la prestación del servicio público esencial. Es cierto que no nos encontramos ante un gasto al que haga frente el Estado y que, después, se financie con los tributos de los particulares. Se trata de un mecanismo más directo, en cuya virtud se impone a las empresas la obligación de prestar el servicio y a su costa. Pero esta peculiaridad no impide que podamos afirmar que se trata de cantidades entregadas con finalidad contributiva, para hacer frente a una parte de lo que debería ser gasto público. El propio legislador ha sido consciente de esta realidad y, sin duda padeciendo un lapsus, ha incluido en el precepto una referencia a las «deducciones y exenciones aplicables».

Por otra parte, resulta muy lícito que dicha carga se haga recaer, no sobre la colectividad, sino sobre aquellos sujetos que, a través de su actividad empresarial, van a obtener una especial capacidad económica derivada de la explotación de una parte escasa del dominio público. Cuestión distinta es que dicho objetivo, legítimo, insistimos, se consiga respetando las reglas de producción normativa previstas en nuestra Constitución.

En efecto, ya estemos ante un tributo o ante una prestación patrimonial de carácter público, lo cierto es que está amparada por el principio de reserva de ley. En este sentido, el artículo 31.3 de nuestra Constitución, a diferencia de los textos constitucionales anteriores, predica la reserva de ley formal respecto del establecimiento de todo tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público. Lo que tutela el precepto, según la STC 185/1995, no es la reserva de ley tributaria –a la que se refiere, de forma expresa, el artículo 133.1 de la Constitución–, sino la reserva de ley para el establecimiento de este tipo de prestaciones, aunque el Tribunal parece que las confunde cuando afirma que «debe abordarse la tarea de precisar el alcance de ese concepto de prestación patrimonial de carácter público que constituye el objeto de la reserva de ley tributaria» (FJ 3) ¹.

Este principio responde en su esencia a la vieja idea de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes. Se presenta como una doble garantía. De un lado, de autoimposición de la comunidad sobre sí misma. De otro, de la libertad patrimonial y personal del ciudadano ². La reserva asegura que al imponer un Ente público coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuenta con la voluntaria aceptación de sus representantes. Por el contrario, cuando la obligación «que lleva aparejada el pago de la prestación es asumida libre y voluntariamente por el ciudadano, la intervención de sus representantes resulta innecesaria, puesto que la garantía de la autoimposición y, en definitiva, de su libertad patrimonial y personal queda plenamente satisfecha» (FJ 3).

En el caso de la contribución para la financiación del servicio universal que estamos estudiando y partiendo de la consideración que hemos realizado como prestación patrimonial de carácter público, resulta evidente que su establecimiento se ha realizado mediante el artículo 24 de la LGTL, por lo que, inicialmente, parece que la reserva de ley está salvaguardada. Ahora bien, ¿este principio constitucional sólo tutela el establecimiento de la prestación o también de todos sus elementos esenciales?

¹ Más adelante, tanto el FJ 5 como el 7 a) vuelven a insistir en la referencia a la reserva de ley en materia tributaria.

² STC 19/1987, de 17 de febrero.

Para determinar cuál debe ser el ámbito material de la reserva hemos de acudir, de nuevo, a la STC 185/1995. Aunque la misma, tal y como sabemos, no considera las prestaciones patrimoniales de carácter público como tributos, se remite, en su FJ 5, al alcance de la reserva de ley en materia tributaria. Ésta exige, en palabras del Tribunal, partiendo de pronunciamientos anteriores, que «*la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo deben llevarse a cabo mediante una ley*»³. Ahora bien, se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, se permite la colaboración del reglamento, siempre que «*sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley y... se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad*»⁴. El alcance de la colaboración depende de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas⁵.

Según el Tribunal, refiriéndose a los precios públicos, aunque estas palabras pueden ser predicables de la contribución del artículo 24 de la LGTL, esta colaboración puede ser intensa a la hora de fijar las cuantías o los demás elementos relacionados con las circunstancias específicas de los servicios o actividades, pero «*no puede predicarse de la creación ex novo de dichas prestaciones ya que en este ámbito la posibilidad de intervención reglamentaria resulta sumamente reducida, puesto que sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponibles y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso*»⁶. Con relación a la cuantía y aunque constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial y, por tanto, amparada por la reserva de ley, ésta no comprende todos los elementos determinantes de la misma. La norma puede prever remisiones a la potestad reglamentaria siempre que no constituyan «*una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador*»⁷.

Aplicando las palabras anteriores a la contribución a la financiación del servicio universal del artículo 24 de la LGTL encontramos que este precepto no contempla los elementos esenciales de la prestación, remitiendo su fijación a lo que se disponga reglamentariamente. Dicha remisión se produce sin incluir una somera indicación acerca de cuáles son los criterios o parámetros que deberán tenerse en cuenta a la hora de cuantificarla. Por ello hemos de concluir su inconstitucionalidad, tanto si la calificamos como tributo como si de prestación patrimonial de carácter público.

³ SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 6/1983, de 4 de febrero; 179/1985, de 19 de diciembre y 19/1987, de 17 de febrero.

⁴ *Ibidem*.

⁵ SSTC 37/1981 y 19/1987.

⁶ FJ 5 de la STC 185/1995.

⁷ Cita el Tribunal expresamente la STC 19/1987. Esta previsión se encuentra a su juicio presente en el artículo 25 –precepto por cierto no impugnado–, cuando nos dice que los precios públicos «*se establecerán a un nivel que cubra como mínimo los costes económicos originados por la realización de las actividades o la prestación de los servicios o que resulte equivalente a la utilidad derivada de los mismos*». Con respecto a los exigidos por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, su importe «*se fijará tomando como referencia el valor del mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquéllos*». Por último, en los supuestos de permisos y concesiones de minas e hidrocarburos, «*se tendrá en cuenta la superficie objeto del derecho*».