|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 222/2005 |
| Fecha | de 24 de mayo de 2005 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 2677-2004 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 2677-2004 |
| Fallo | Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2677-2004 planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 1790-2001. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El día 27 de abril de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de la referida Sala de 2 de diciembre de 2003 mediante el que se acuerda elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 2.2.4 del art. 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2001, dado que pudiera ser contrario a los arts. 9.3, 31.1 y 38 de la Constitución.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Por Acuerdo del Consejo de Ministros se convocó concurso y se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación de una licencia individual, tipo B1, para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso a radio en la banda de 3.460 a 3.480 Ghz. Dicho concurso fue resuelto por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 1999, formalizándose el correspondiente contrato administrativo de concesión para la explotación del servicio público citado, en el que se concreta el número de unidades de reserva radioeléctrica (URRs) que corresponden a la concesión en la cifra de 20.239.600.000 (resultante de multiplicar la superficie de España por la cantidad del espectro radioeléctrico reservado).

b) Con fecha de 29 de marzo de 2001 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información giró a la entidad mercantil “Retevisión 1, S.A.U.” una liquidación en concepto de tasa por reserva del dominio público radioeléctrico (núm. DGZZ- 9900313) correspondiente al período 01-01-2001 a 31-12-2001, por el servicio “«2.2.4.3”, sobre una base de 20.239.600.000 URRs (cantidad de dominio público reservado) y un valor de la URR de 0,0384483813, con un importe total de setecientos setenta y ocho millones ciento setenta y nueve mil ochocientas cincuenta y cinco pesetas (778.179.857 ptas; 4.676.955,13 €). Esta liquidación fue recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, primero, en su versión originaria (RG 3028/01; RS 271/01), y, luego, en su versión corregida (RG 3328/01; RS 280/01). El Tribunal, por Resolución de fecha 11-10-2001, desestimó de forma acumulada las citadas reclamaciones, porque la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, estableció en su art. 73 la tasa cuya cuantía se discute en función del “valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario”, siendo los parámetros utilizados para determinar el valor de mercado, entre otros, el grado de utilización y congestión de las bandas, el tipo de servicio para el que utilice la reserva, la banda o sub-banda del espectro que se reserve, los equipos y tecnología utilizados y el valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado. Ese artículo fue objeto de nueva redacción por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la cual, fundamentalmente, eleva el rango normativo de la disposición que haya de dictarse para fijar o modificar la cuantía de la tasa, que pasa de ser una Orden ministerial a ser la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así el art. 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2001, cuantificó la tasa para ese ejercicio presupuestario, debiendo tenerse en cuenta que esta tasa por reserva del dominio público radioeléctrico es una tasa cuyo hecho imponible consiste en la ocupación —uso privativo— del dominio público, no atendiéndose para la fijación de su importe al valor o coste de los servicios que la Administración presta (como ocurre en otras modalidades diferenciadas), sino al valor de lo que se pretende gravar, esto es, la reserva de una porción de este dominio público radioeléctrico, para lo cual se tiene en cuenta el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario, atendido el carácter de recurso escaso, del uso privativo y de la limitación del número de licencias.

c) Contra la anterior Resolución se interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional (núm. 1790-2001). Posteriormente, por diligencia de ordenación de la Sección Séptima de ésta, de fecha 22 de mayo de 2002, se dio traslado del expediente para que formalizase la demanda a la parte actora, quien presentó su escrito de formalización de la demanda el día 18 de junio de 2002 sosteniendo, entre otras cosas, que la tasa impugnada conculcaba [en la determinación del parámetro C5)] los principios de igualdad en el acceso a las nuevas tecnologías y libertad informática, proporcionalidad, libertad de empresa, seguridad jurídica, no arbitrariedad, capacidad económica, igualdad y justicia tributaria, al haber aumentado el coste del servicio en más de un 1.368 por 100 en el ejercicio (2001). En efecto, el valor de la unidad de reserva radioeléctrica [parámetro C5)] se fijó en la cifra de “0,023258”, a diferencia del año anterior, que estaba en “0,0171”, como consecuencia (se dice en la Memoria) del cambio de valor económico derivado de uso o aprovechamiento del dominio público reservado, tomando como referencia la subasta de licencias de estos servicios en Suiza y las previsiones sobre las mismas en el Reino Unido.

d) Por diligencia de ordenación de fecha 21 de junio de 2002 se dio traslado al representante de la Administración demandada del escrito de demanda y del expediente administrativo para que contestase en plazo legal, lo que se llevó a efecto mediante escrito de contestación presentado el día 16 de septiembre de 2002, en el que el Abogado del Estado se oponía a la demanda. En primer lugar destaca que la razón de la subida en la cuantía de la tasa se debe a que (por imperativo del art. 73.1 de la Ley General de Telecomunicaciones) debe fijarse en función del beneficio potencial del que obtiene la reserva, es decir, del valor de mercado de la unidad de reserva radioeléctrica y de la rentabilidad que de ella pudiera obtener el beneficiario, siendo el servicio de telefonía fija con acceso radio un servicio con un interés comercial al alza derivado del desarrollo de las telecomunicaciones interactivas y multimedia con un desarrollo cada vez más implantado en hogares y empresas. Por otra parte niega la existencia de las vulneraciones constitucionales alegadas por la parte actora y justifica el aumento de la cuantía de la tasa en la nueva valoración de mercado del espectro radioeléctrico como consecuencia de la revalorización producida en Europa, puesta en manifiesto en los procesos de licitación del Reino Unido y Alemania. De hecho el que la cuantía de la tasa no sea estática y se acomode de forma flexible cada año al valor de mercado es lo que ha permitido la disminución de la cuantía para el ejercicio 2002, a la vista de la situación en el mercado de las telecomunicaciones a nivel europeo y mundial puesta de manifiesto por la Comisión Europea.

Por otra parte entiende el Abogado del Estado que no se ha conculcado por la normativa reguladora de la tasa el principio de seguridad jurídica, al no tener la regulación para el ejercicio 2001 (las Leyes 13/200 y 14/2000) eficacia retroactiva. Tampoco es arbitraria dicha normativa, pues la finalidad de la tasa no es gravar la capacidad económica real de los operadores (para lo que existe el Impuesto sobre Sociedades), sino la eficiencia del uso del dominio público radioeléctrico, debiendo tenerse en cuenta la revalorización importantísima que se produjo en Europa en el ejercicio 2000 del espectro radioeléctrico, lo que llevó a las autoridades españolas a actualizar el importe de la tasa conforme a dicha revalorización, no pudiendo soslayarse, además, que si el valor de la tasa fuese inferior al valor de uso que tiene el espectro para los demandantes este espectro se utilizaría de forma ineficiente: un bajo nivel de tasa podría incentivar que los operadores ya establecidos acaparasen más espectro del estrictamente necesario para sus objetivos de producción, dando lugar a un uso ineficiente de aquél e impidiendo la entrada de nuevos competidores; por el contrario, si el nivel de gravamen recoge el valor que tiene el espectro para los operadores (que será en función de las expectativas de rentabilidad futura que puedan obtenerse de la explotación económica de ese espectro) el tributo fomentará el uso eficiente del recurso escaso.

e) Tramitado el mencionado procedimiento, mediante providencia de fecha 20 de noviembre de 2002, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó oír a las partes y al Ministerio Público, por término de diez días, para que alegasen lo que estimaran oportuno sobre la posible inconstitucionalidad de los arts. 66 de la Ley 13/2000 y 14 de la Ley 14/2000 “por vulneración de los arts. 14, 20, 38, 9.3 y 31 de la CE”.

f) La actora cumplimentó el trámite mediante escrito de alegaciones presentado el día 1 de diciembre de 2002, suplicando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los mismos motivos expuestos en su escrito de formalización de la demanda.

g) El Abogado del Estado evacuó el trámite conferido, mediante escrito registrado el día 23 de diciembre de 2002, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Y lo hace insistiendo en los mismos argumentos que esgrimió en su escrito de contestación y, en concreto, destacando fundamentalmente que la Ley 14/2000 no contiene una modificación sustancial de la regulación de la tasa, pues simplemente se ha revisado la cuantía de ésta para adaptarla al valor real del espectro, sin que se haya producido una aplicación retroactiva de la norma que pueda haber afectado a derechos adquiridos u obligaciones nacidas de hechos imponibles producidos con anterioridad a su entrada en vigor.

h) El Fiscal presentó sus alegaciones por escrito registrado el día 22 de enero de 2003, manifestando que no se oponía al planteamiento “de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 14 Ley 14/2000 y 66 Ley 13/2000 por posible vulneración de los artículos 14, 20, 38, 9.3 y 31 de la Constitución Española”.

i) Por providencia de 24 de abril de 2003 se declararon los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 8 de mayo de 2003. Posteriormente, por nueva providencia de 7 de mayo de 2003, y ante la existencia de otros recursos conectados con el presente, se dejó sin efecto el señalamiento fijado, quedando pendiente de uno nuevo. Por otra providencia de 2 de octubre de 2003 se señaló para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2003.

j) Mediante Auto de 24 de noviembre de 2003 la Sección de la Audiencia Nacional acordó dejar sin efecto el señalamiento anterior, y dictar el oportuno auto promoviendo una cuestión de inconstitucionalidad.

3. Por Auto de 2 de diciembre de 2003 la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional acordó elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con “el apartado 2.2.4 del artículo 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2001, por posible vulneración de los artículos 9.3º, 31.3º Y 38 de la Constitución Española”. En la fundamentación jurídica del Auto se razona, en esencia, en los siguientes términos.

Se destaca por el órgano judicial, en primer lugar, que el incremento aplicado sobre la tasa correspondiente al ejercicio 2001 y la justificación que se hace del mismo “plantea a esta Sala dudas fundadas sobre la constitucionalidad del artículo 66 Ley 13/2000, de 28 de diciembre de presupuestos generales del Estado para el año 2001, y en concreto, su colisión con los principios consagrados en los artículos 9.3º y 31.1º en relación con el artículo 38 CE, por cuanto el nuevo valor asignado al coeficiente C5, a efectos de determinar el valor de la URR, ha sido realizado mediante procedimientos que adolecen de cierta arbitrariedad y carentes de justificación objetiva, lo que ha determinado un resultado —cuantía de la tasa— (desproporcionado) en atención a la finalidad de la tasa y que podría producir efectos contrarios a los pretendidos por ésta, afectando asimismo al adecuado desarrollo de la libertad de empresa”.

Dicho lo que antecede, la primera vulneración que imputa el órgano judicial a la disposición cuestionada es la del principio de interdicción de la arbitrariedad recogido en el art. 9.3 CE. Según el órgano judicial la memoria justificativa de la modificación de la tasa basa la nueva valoración en la “importantísima revalorización que ha [n] experimentado en Europa las bandas de frecuencia reservadas al servicio de telefonía móvil, puestas de manifiesto [sic] en los procesos de licitación recientes para la obtención de licencias UMTS, fundamentalmente en Reino Unido y Alemania”. Tal apreciación, sin embargo, se contradice con la contenida en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en la Unión Europea, de 20 de marzo de 2001, que pone de manifiesto cómo “[d]esde el verano de 2000 ha disminuido en Europa el interés suscitado por las licencias de sistemas de tercera generación, como consecuencia de la revaluación de riesgos efectuada por los operadores o por posibles nuevos participantes en el mercado. [...] El valor comercial del espectro reservado a la tercera generación (reflejado en las cantidades que los operadores están dispuestos a pagar) ha sufrido una disminución muy significativa a raíz de las subastas realizadas el año pasado en el Reino Unido y Alemania».”

De lo anterior deduce el órgano judicial que las subastas realizadas en Reino Unido y Alemania, lejos de implicar una revalorización del espectro radioeléctrico, han determinado una disminución de su valor de mercado, y, por tanto, el elevado incremento de la tasa basado en dicho criterio carecería de una justificación objetiva, pareciendo responder más a una pretensión del Estado de lograr, por vía de imposición tributaria, las mismas cantidades conseguidas en Reino Unido y Alemania a través de las subastas de licencias UMTS, incurriendo así en cierta arbitrariedad. Esta conclusión se desprende también, a juicio del órgano judicial, del Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2001 sobre la situación de competencia en los mercados, el cual destaca que “las subastas de las licencias UMTS realizadas en diversos países europeos y su secuela nacional en forma de incremento de la fiscalidad de la reserva de espectro radioeléctrico, han supuesto un incremento de la carga financiera sobre la práctica totalidad de los operadores de telefonía móvil, con incidencia directa en sus costes de producción”. Esa arbitrariedad en el incremento del valor de la URR para el año 2001, se corrobora, asimismo, por el hecho de que para el año siguiente se hayan modificado nuevamente los citados parámetros, pero esta vez a la baja, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2002, Ley 21/2001, de 27 de diciembre, cuya Exposición de motivos señala que “se fijan los coeficientes de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, reduciéndolos sustancialmente para adecuar la cuantía de la tasa al valor del espectro radioeléctrico y a la rentabilidad que puedan obtener los operadores, de acuerdo a la situación actual del sector de las telecomunicaciones en Europa y en nuestro país”. Ahora bien, no se especifican cuáles son las circunstancias que han determinado esa disminución del valor del espectro radioeléctrico y que, por tanto, justifican la reducción de los coeficientes de la tasa.

La segunda lesión que atribuye el órgano judicial al precepto cuestionado es la del deber de contribuir mediante un sistema tributario justo, recogido en el art. 31.1 CE. En efecto, a su juicio ese mismo incremento podría ser desproporcionado en atención a la finalidad de la tasa, determinando un resultado contrario a ésta. Así, si el objetivo de la tasa es garantizar el uso óptimo del espectro radioeléctrico [según se desprende de la Directiva 97/13/CE (art. 11.22)], es decir, fomentar la actividad de los operadores para el desarrollo de tecnologías innovadoras que impliquen un ahorro en el uso del espectro ocupando el menor espacio posible, ello exige la imposición de la carga estrictamente necesaria para lograr ese fin, siendo así que una cuota tributaria excesiva, como la fijada para el año 2001, puede limitar o desalentar a los operadores para la introducción de esos servicios innovadores. Por esta razón el excesivo incremento de la tasa para el año 2001, con la consiguiente reducción para el año siguiente, carece de una justificación objetiva que lo legitime desde el punto de vista de los principios constitucionales del art. 31.1 (generalidad, capacidad e igualdad), resultando dicha medida tan desproporcionada en relación con la finalidad perseguida (garantizar el uso óptimo del espectro) que la convierte en lesiva y contraria al deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un “sistema tributario justo”.

Finalmente plantea también el órgano judicial que aquella desproporción en la cuantía de la tasa aplicada durante el ejercicio 2001 podría incidir en la libertad de empresa del art. 38 CE, entendida como el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15), por cuanto la medida adoptada podría desalentar el acceso al mercado de nuevos operadores y afectar al desarrollo de un mercado competitivo, pues, como manifiesta la Comisión Europea en la Comunicación antes citada, los elevados costes financieros serían especialmente difíciles de soportar para los nuevos participantes que todavía no han establecido sus redes ni cuentan con una presencia en el mercado, afectando igualmente de manera negativa a las inversiones previstas para el desarrollo de los nuevos servicios. En el mismo sentido la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su Informe Anual del año 2001, pone de manifiesto este obstáculo a la libertad de empresa al señalar que: “las subastas de las licencias UMTS realizadas en diversos países europeos y su secuela nacional en forma de incremento de la fiscalidad de la reserva de espectro radioeléctrico, han supuesto un incremento de la carga financiera sobre la práctica totalidad de los operadores de telefonía móvil, con incidencia directa en sus costes de producción. Esta carga ha tenido mucha mayor incidencia relativa en los operadores entrantes que en los establecidos, debido a la diferencia en el nivel de los ingresos netos”. Y a ello ha añadido que “[e]l retraso de UMTS y los costes de las subastas y tasas radioeléctricas complican la situación económica de los operadores móviles, que sin embargo, para el año 2002, se han beneficiado de una reducción de la tasa radioeléctrica”.

4. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 14 de diciembre de 2004, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. Dentro del plazo conferido el Fiscal General del Estado evacuó el trámite suplicando la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad sometida a enjuiciamiento por incumplimiento de las formalidades exigidas por el art. 35 LOTC, al cuestionarse un apartado (el apartado 2.2.4 de art. 66 de la Ley 13/2000) que manifiestamente no resulta de aplicación al supuesto de autos (al serlo el apartado 2.1.6 del citado art. 66), y, subsidiariamente, la admisión, por entender que no carece manifiestamente de fundamento. En efecto, respecto de la causa de inadmisión, entiende el Fiscal que lo cuestionado por la Sala no es el apartado 2.2.4, sino es el apartado 2.1.6 y, concretamente, su código 2163, por lo que, al referirse el Auto de planteamiento al apartado 2.2.4, se está planteando una cuestión respecto de un precepto que no es aplicable. Ahora bien admite que puede tratarse de un error del órgano judicial, toda vez que se ha elevado por el mismo órgano judicial otra cuestión de inconstitucionalidad con el núm. 2369-2004 en un procedimiento donde sí resultaba de aplicación el apartado 2.2.4, lo que ha podido llevar a la Sala a incurrir en un error mecanográfico.

Con carácter subsidiario, y para el supuesto de que este Tribunal no tuviere en cuenta la alegación de inadmisión, pasa el Fiscal a analizar la causa de inadmisión invocada en la providencia de 14 de diciembre de 2004. Sobre este particular, y para justificar su propuesta de admisión, parte el Fiscal General de la observación de que el eje central sobre el que giran las dudas de inconstitucionalidad del órgano judicial se localiza en la imprevisibilidad y manifiesta desproporcionalidad de la cuantía de la tasa establecida en el precepto legal cuestionado para la utilización por parte de la recurrente, en su calidad de operadora de telefonía móvil adjudicataria de una de las licencias concedidas por el Estado, de la reserva de frecuencias del espectro radioeléctrico para explotar comercialmente en el territorio nacional el servicio de telefonía móvil, lo que podría colisionar frontalmente con lo dispuesto en los arts. 9.3, 31.1 y 38 CE.

Hecha la precisión anterior, y una vez concretado por el Fiscal General el marco normativo aplicable, pasa a analizar las dudas de constitucionalidad que el órgano judicial plantea.

Comenzando con la colisión del precepto cuestionado con el mandato constitucional recogido en el art. 31.1 CE, que consagra el deber de contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y con base en la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 221/1992), entiende el Fiscal que, aun cuando el principio de capacidad económica opera como un límite al poder legislativo en materia tributaria, sin embargo el mismo incide de distinta forma según el tipo de tributo de que se trate, pues, manifestada una determinada capacidad de renta real o potencial, el cumplimiento de fines de interés general o la satisfacción de intereses públicos habilitan, también, para la fijación de tributos en que lo decisivo no es precisamente la capacidad de renta del contribuyente, sino más bien la satisfacción de una prestación económica por el desempeño de una determinada actividad por parte de la Administración o, como sucede en el caso presente, por la adjudicación de una reserva de un bien de dominio público, el del espacio radioeléctrico, para la explotación comercial de un determinado servicio.

Sobre este particular la tasa constituye, entonces, una modalidad de tributo cuyo hecho imponible se vincula a una actividad o servicio de la Administración Pública que, o bien es prestado por ésta de modo directo, o bien lo es de modo indirecto por una persona o entidad privadas a través de los diferentes sistemas de adjudicación previstos por el Ordenamiento Jurídico, circunstancia en función de la cual se fija una prestación de carácter económico que tiene por finalidad la cobertura en todo o en parte del coste que supone la realización del servicio. De ello resulta que la finalidad de dicha prestación no es la de gravar una capacidad o manifestación de renta del contribuyente, para lo cual se contempla la figura tributaria del impuesto, sino la plena efectividad y realización de una actividad de prestación, lo que determina que todo aquél que aspire a la utilización del dominio público, servicio o actividad desarrollada por la Administración, deba sufragar, con independencia de la capacidad de renta que tenga, todo o parte del coste del servicio público prestado o, como sucede en este caso, del dominio público cedido. En definitiva, en las tasas el principio de capacidad económica no opera como elemento configurador de esta modalidad de tributos.

En el caso de autos que da pie a la presente cuestión de inconstitucionalidad destaca el Fiscal General del Estado que, como puso de manifiesto el Abogado del Estado en el trámite previo de audiencia a las partes del art. 35.2 LOTC, la capacidad de renta de los operadores de telefonía móvil, en cuanto personas jurídicas constituidas como sociedades mercantiles, es gravada por el impuesto de sociedades, que atiende a los rendimientos que aquéllas obtengan por la explotación comercial del espectro adjudicado, mientras que el objeto de la tasa cuestionada no es otro que el de la contraprestación que ha de abonarse al Estado por la utilización en régimen de exclusividad del dominio público del espectro radioeléctrico reservado y el mejor aprovechamiento del mismo. Por esta razón concluye, respecto de esta primera lesión que el órgano judicial imputa a la disposición cuestionada, que el principio de capacidad económica reconocido en el art. 31.1 CE no se ha visto afectado por el precepto legal cuestionado, en la medida en que, aun debiendo ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de establecer esta modalidad de tributo y, sobre todo, su cuantía, no constituye el elemento configurador de la misma en la tasa, al no ser otro el de ésta que el de servir de contraprestación a la actividad desplegada.

La segunda lesión que el órgano judicial atribuye al precepto legal cuestionado es la del derecho a la libre empresa reconocido en el art. 38 CE. En su análisis arranca el Fiscal General del Estado de la premisa básica de que, conforme a la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 83/1984), tal derecho comporta como núcleo esencial de su contenido el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, operando al mismo tiempo, como límite a los poderes públicos, en general, y al legislativo, en particular, para configurar normas que puedan disciplinar su propio ejercicio. Aunque, a su juicio, es cierto que el notable incremento experimentado en el monto de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico para el ejercicio económico de 2001 en relación con los años precedentes puede incidir notablemente en el libre ejercicio de la actividad empresarial de las operadoras de telefonía móvil adjudicatarias, por cuanto supone un aumento considerable en sus costes financieros y de explotación, sin embargo entiende que dicho incremento no ha afectado tampoco al derecho a la libre empresa consagrado en el art. 38 CE. Y no ha afectado a tal derecho porque nos hallamos en un ámbito de la actividad económica que se encuentra limitado por dos tipos de condicionantes. De una parte el marco en el que se desenvuelve, que es el espectro radioeléctrico, que es limitado y además conceptuado como de dominio público, por lo que el juego de las normas del libre mercado se ha de ver notablemente restringido al existir el necesario control por parte de los poderes públicos, que han de establecer los mecanismos necesarios para adjudicar los recursos radioeléctricos escasos de que se dispone a aquellas personas o entidades que acrediten la solvencia tecnológica y económica necesaria para garantizar la plena efectividad del mismo. Y, de otra, la concurrencia de intereses generales y de clara relevancia social, que condicionan también el marco de la competencia en este sector de la actividad, pues su explotación comercial conlleva la prestación de un servicio público, como es el de la telefonía móvil.

Por ello, desde la perspectiva del derecho constitucional en que ahora nos desenvolvemos, estaría justificada, no sólo ya la implantación de una tasa que, a modo de contraprestación, cubriese en la totalidad o en su mayor parte el coste que supone la puesta a disposición del espacio radioeléctrico que le haya sido reservado a cada operadora adjudicataria, sino también la cuantificación de la misma, toda vez que el sector de la actividad económica en que se desenvuelve la prestación de este servicio está sujeto al necesario control y, por tanto, su ámbito no puede quedar tan abierto como para permitir la participación en él de personas o entidades que no tengan la capacidad técnica y económica necesaria para la plena efectividad de un sector que presta un servicio público como es el de la telefonía. Es decir, la eventual imposición de una tasa con una cuantificación económica alta lo que permite, desde el punto de vista del interés general, es que únicamente puedan concurrir al proceso de licitación de las licencias de telefonía aquellas entidades privadas que dispongan de la solvencia necesaria para soportar las inversiones y costes financieros que un servicio de esta naturaleza requiere.

En suma, concluye el Fiscal con relación a esta segunda vulneración, resulta evidente que el principio de libre empresa queda muy limitado en este ámbito de la actividad económica como consecuencia de los intereses generales que confluyen en su funcionamiento, y que determinan que no todos, sino únicamente aquellos que dispongan de la solvencia financiera necesaria para hacer frente a los importantes gastos e inversiones que han de ser desembolsadas, puedan resultar adjudicatarios de un bien de dominio público, por otra parte escaso, como es el del espectro radioeléctrico.

Es la tercera lesión constitucional que el órgano judicial imputa al precepto cuestionado, a saber, la del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, la que mayores dudas le suscita al Fiscal General del Estado. En este sentido reconoce, también con base en la doctrina de este Tribunal, que el legislador goza de un amplio margen de libertad para desarrollar las opciones políticas y económicas que considere más procedentes para los intereses generales, por lo que la actualización de una tasa de conformidad o por aproximación al valor de mercado del servicio que se presta constituye por sí misma y en abstracto una finalidad perfectamente legítima y conforme a los indicados principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad tutelados en el art. 9.3 CE. Ahora bien, acto seguido pasa a subrayar que el principio de seguridad jurídica, en lo que atañe al ejercicio de la potestad legislativa, comporta la debida observancia de tres requisitos cuyo debido cumplimiento hace conforme la norma a aquél: la previsibilidad de la medida que vaya a adoptarse, el razonamiento que la justifique y, finalmente, el alcance de la medida adoptada.

Pues bien, el análisis del supuesto de autos permite advertir al Fiscal General del Estado, prima facie, que la medida adoptada, en este caso el incremento de la tasa, vino establecida en una Ley de Presupuestos Generales del Estado que fue aprobada y publicada con anterioridad a la fecha del devengo del tributo, por lo que, desde esta perspectiva (previsibilidad de la medida), y dado que el destinatario de la norma ha tenido conocimiento del contenido y alcance de ella antes del comienzo de su vigencia, no puede entenderse lesionado el principio de seguridad jurídica.

Distinto es el juicio que le merece, sin embargo, el contraste de la medida cuestionada con los otros dos requisitos que exige el principio de seguridad jurídica, como son la existencia de una debida justificación racional de la medida adoptada y la determinación del alcance de la misma, los cuales le suscitan las suficientes dudas como para llegar a la conclusión de que merecen un estudio más detallado y profundo que el requerido para este trámite, y, desde luego, para reputar que la cuestión de inconstitucionalidad así planteada no carece manifiestamente de fundamento.

En efecto, analizando el contenido de la norma, fue el parámetro numerado con la sigla C5 el que ha provocado un aumento en la cuantía de la tasa del 1368 por 100. Pues bien, de la lectura de las actuaciones se puede advertir, a juicio del Ministerio Público, que el citado parámetro, que atiende al valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado, según la memoria explicativa de la Ley 13/2000, responde al siguiente método de cálculo: se toma el valor inicial de las licencias que habilitan para la utilización de las diferentes bandas del espectro radioeléctrico dentro del mercado europeo (se utilizan como referencia cuatro países europeos: Gran Bretaña, Francia, Holanda y Alemania), deduciéndose el valor medio del mismo del cociente de dividir la suma de los ingresos obtenidos por la adjudicación de las licencias entre la suma del producto interior bruto (en adelante, el PIB). El resultado obtenido ha sido luego corregido mediante dos factores, de una parte, los diferenciales de tipos de interés y de inflación de los países seleccionados en relación con España, y, de otro lado, la valoración de la rentabilidad esperada en nuestro país teniendo en cuenta las estimaciones de la Dirección General de Tributos. El resultado de los cálculos realizados arrojó un incremento del coeficiente C5 respecto de los ejercicios precedentes. La notable subida experimentada en este último parámetro, desde la perspectiva constitucional del art. 9.3 CE en que hemos de desenvolvemos, no resultaría, en principio, objetable si la misma incorporara un componente de razonabilidad objetiva que la justificara. Para atender a este requerimiento se aportan en la memoria explicativa unos razonamientos sobre los cálculos de mercado efectuados, y, en consecuencia, aunque el aumento del coeficiente fuera notable, si aquéllos resultaran objetivamente razonables, entraría dentro de la libertad de actuación del legislador, atendiendo a tales argumentos, establecer una variación significativa en uno de los parámetros delimitadores de la tasa.

Ahora bien, a juicio del Fiscal, donde se plantean las dudas de constitucionalidad sobre la racionalidad de los argumentos legislativos expuestos, que merecen la realización de un estudio más detallado y en profundidad de la cuestión, es en la circunstancia de que, posiblemente, los estudios de mercado que han justificado la utilización de los tres métodos de cálculo para obtener un valor que reflejara la rentabilidad esperada por la utilización del servicio pudieran carecer de una justificación objetiva. En efecto, los cálculos realizados no se ajustaron a los criterios y parámetros que legalmente venían establecidos en el art. 73.1 de la LGTT, por cuanto es difícil concebir unas alteraciones en la rentabilidad del mercado, por muy flexible que se pueda resultar en la comprensión de que se trata de rentabilidad esperada y por tanto futura y no de la ya obtenida y, en consecuencia, deducida de datos ya arrojados en la realidad, que de un ejercicio al siguiente experimenten un crecimiento tan significativo.

A la vista de los datos fácticos expuestos concluye el Fiscal en el punto ahora analizado, esto es, en el de la concurrencia de justificaciones objetivas que con criterios de proporcionalidad puedan servir de fundamento a la adopción de la medida legislativa analizada, consistente en el incremento notable de la tasa por reserva del espectro radioeléctrico producido a consecuencia del aumento de dos de los parámetros utilizados para el cálculo de su cuantía, que las dudas suscitadas por el órgano judicial en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no carecen notoriamente de fundamento, porque, además, se ha operado una importante consecuencia en el alcance de la medida adoptada, como es el del extraordinario aumento en el coste financiero que para las operadoras supuso el pago de la nueva tasa resultante.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, plantea la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado 2.2.4 del art. 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2001, que fija, entre otros, el parámetro C5 (23,258103) para calcular el valor de la Unidad de Reserva Radioeléctrica (URR), que se concreta para el ejercicio de 2001 en la cifra de 0,0384483813, en orden al cálculo de la base imponible de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, por si pudiera ser contrario a los artículos 9.3, 31.1 y 38 de la Constitución Española.

2. Debe darse respuesta, en primer lugar, a la objeción alegada por el Fiscal General del Estado relativa a la falta de relevancia del apartado cuestionado del art. 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre (el 2.2.4), para adoptar una resolución en el proceso judicial del que deriva la presente cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido entiende el Ministerio Público que el apartado aplicado a la liquidación impugnada es el 2.1.6 (código 2163), que es el que afecta al servicio de referencia, y no el 2.2.4 (código 2243), por lo que el planteamiento de la cuestión respecto de un apartado diferente, aunque se haya debido a un error del órgano judicial, incumple las exigencias del art. 35 LOTC.

La objeción alegada por el Fiscal General del Estado no puede prosperar por la razón que pasamos a exponer. Ciertamente, si se acude a la Resolución del Tribunal Económico- Administrativo Central de 11 de octubre de 2002, objeto del recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, se puede comprobar que el citado Tribunal señala como liquidación impugnada la identificada como DGZZ 9900313, con una base de 20.239.600.000 URRs y un importe de 778.179.857 ptas (4.676.955,13€), liquidación que “es el resultado del producto de los cinco parámetros o coeficientes fijados en el artículo 66, código de modalidad 2163 (que corresponde al servicio 2.1.6 ‘servicio fijo punto a punto/reservas de espectro en todo el territorio nacional’)”, lo que vendría a confirmar la tesis del Ministerio Público.

No obstante lo anterior existen otros datos que demuestran que, tanto el Tribunal Económico- Administrativo Central como el Fiscal General del Estado, han incurrido en un error en la identificación del servicio liquidado. En efecto, en primer lugar la liquidación impugnada, numerada como DGS-9900313, especifica claramente que el servicio por el que se practica es el “2.2.4.3”; en segundo lugar, en el escrito de interposición de la reclamación económica ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, no sólo se identifica correctamente como liquidación impugnada la denominada como DGS- 9900313 “con código de servicio 2.2.4.3” (pág. 2), sino que, además, se incorporan los coeficientes C1 a C5, que corresponden al citado código de servicio 2.2.4 (págs. 8 y 12); en tercer lugar, en el escrito de formalización del recurso contencioso-administrativo nuevamente se identifica como servicio cuya liquidación se cuestiona el “2243” (págs. 9 y 15); y, en cuarto lugar, en el escrito de alegaciones presentado por la parte actora como consecuencia de la apertura del trámite previsto en el art. 35 LOTC se apunta con toda claridad “que en el procedimiento que aquí se sustancia, resulta aplicable el apartado 2.2.4 —modalidad 2243—, del mismo artículo 66” (pág. 3).

En suma, cuando el órgano judicial plantea una cuestión de inconstitucionalidad con relación al apartado 2.2.4 del art. 66 de la Ley 13/2000 lo está haciendo respecto de la única disposición aplicable al proceso y, en consecuencia, la única relevante para adoptar una decisión. Por esta razón no puede prosperar el óbice alegado por el Fiscal General del Estado.

3. Una vez resuelta la anterior objeción de procedibilidad, y ya con relación a la posible falta de viabilidad de la cuestión planteada, debe recordarse que el art. 37.1 LOTC dispone que el Tribunal podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuere notoriamente infundada. En este sentido es nuestra doctrina acerca del concepto de “cuestión notoriamente infundada” que, dado que dicha expresión encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (ATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1), existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2; 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 233/2004, de 7 de junio, FJ 2; y 24/2005, de 18 de enero, FJ 2).

Pues bien, en la determinación de la viabilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad hay que partir de la advertencia de que no puede compartirse el juicio de constitucionalidad efectuado por el órgano a quo respecto a la contradicción de la norma cuestionada con los arts. 9.3, 31.1 y 38, todos ellos de la Constitución, por lo que resulta factible apreciar en este momento procesal que la presente cuestión se encuentra notoriamente infundada, en los términos en los que esta expresión ha sido entendida por este Tribunal, por los motivos que pasamos a exponer.

4. El canon de reserva de dominio público radioeléctrico (actualmente denominado “tasa”) fue creado por la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las comunicaciones, que determinaba su cuantía en la cantidad resultante de multiplicar la cantidad de dominio público radioeléctrico reservado, expresado en unidades de reserva, por el valor asignado a cada una de estas unidades en la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente a cada ejercicio económico (Disposición adicional novena). Esta Ley fue desarrollada, en lo que se refiere al gravamen sobre el uso privativo del dominio público radioeléctrico, por el Real Decreto 1017/1989, de 28 de julio.

Por otra parte la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1989, fijó el valor de aquella unidad de reserva radioeléctrica, que sería prorrogado posteriormente para los ejercicios siguientes, primero, por el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, de medidas urgentes; después, por la Ley 4/1990, de 30 de junio, de presupuestos generales del Estado para 1990; acto seguido, por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991; y, finalmente, por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992.

Tras la aprobación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, el canon citado pasó a conceptuarse como un precio público, al amparo de lo previsto en su art. 24, que encajaba bajo este concepto a las contraprestaciones pecuniarias que se satisfacían por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público (en este caso, radioeléctrico). Precepto que posteriormente sería declarado inconstitucional por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, en varios de sus apartados y, en particular, y en lo que ahora nos interesa, por considerar que la contraprestación derivada del uso del dominio público tiene la naturaleza de “una prestación patrimonial de carácter público en el sentido del art. 31.3 CE, que, en cuanto tal, queda sometida a la reserva de ley” [FJ 4.a)]. Tras esta Sentencia el Gobierno de la Nación dictó el Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero, mediante el cual, desde la fecha de publicación de la citada Sentencia, tendrían la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público los precios relacionados en su anexo y, entre ellos, los derivados del uso privativo del dominio público radioeléctrico (regulados por Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1992, modificada por la de 10 de octubre de 1994).

Posteriormente se promulgó la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, cuyo artículo 73, bajo la rúbrica “Tasa de reserva del dominio público radioeléctrico”, preveía la aplicación de una tasa anual por la reserva de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas o entidades, en cuya determinación se tomaría en cuenta “el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario” conforme a una serie de parámetros tales como el grado de utilización y congestión de las distintas bandas en las distintas zonas geográficas (coeficiente C1), el tipo de servicio para el que se pretenda utilizar la reserva (coeficiente C2), la banda o sub-banda del espectro que se reserve (coeficiente C3), los equipos y la tecnología que se empleen (coeficiente C4) y el valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado (coeficiente C5). De esta manera, con carácter general, el importe de la tasa a satisfacer será el resultado de multiplicar la cantidad de unidades de reserva radioeléctrica del dominio público reservado (calculadas en función de un kilohercio de ancho de banda sobre un kilómetro cuadrado), por el valor que se asigne a la unidad. El anterior precepto sería desarrollado, primero, por el Real Decreto 1750/1998, de 31 de julio, y, después, por la Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares, fijándose, conforme a su Tabla 14 (correspondiente al apartado 2.2.4), para el “Servicio fijo punto a multipunto/reservas de banda en todo el territorio nacional” (código de modalidad “2243”) unos coeficientes de “1,25” (C1), “1” (C2), “1,15” (C3), “1,15” (C4) y “«1,7103” (C5).

A continuación se dio nueva redacción al art. 73 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, remitiéndose, para la cuantificación de los parámetros, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así, fruto de esta remisión, el art. 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2001, cuantificó los parámetros determinantes de la tasa para el año 2001, fijándolos en el apartado 2.2.4 [que corresponde al “Servicio fijo punto a multipunto/reservas de banda en todo el territorio nacional” (código de modalidad “2243”)] en los coeficientes de “1,25” (C1), “1” (C2), “1,15” (C3), “1,15” (C4) y “23,258103” (C5).

Pues bien, es al apartado 2.2.4 del art. 66 de la Ley 13/2000 al que el órgano judicial le imputa la presunta vulneración de los artículos 9.3, 31.1 y 38 de la Constitución Española, dado que, a su juicio, el incremento aplicado sobre la tasa correspondiente al ejercicio 2001 y la justificación que se hace del mismo “plantea a esta Sala dudas fundadas sobre la constitucionalidad del artículo 66 Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001, y en concreto, su colisión con los principios consagrados en los artículos 9.3º y 31.1º en relación con el artículo 38 CE, por cuanto el nuevo valor asignado al coeficiente C5, a efectos de determinar el valor de la URR, ha sido realizado mediante procedimientos que adolecen de cierta arbitrariedad y carentes de justificación objetiva, lo que ha determinado un resultado —cuantía de la tasa desproporcionado en atención a la finalidad de la tasa— que podría producir efectos contrarios a los pretendidos por ésta, afectando asimismo al adecuado desarrollo de la libertad de empresa”.

5. La primera duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial es la relativa a la posible contradicción entre el precepto cuestionado y el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Según el órgano judicial cuestionante la memoria justificativa de la modificación de la tasa basa la nueva valoración en la “importantísima revalorización que ha[n] experimentado en Europa las bandas de frecuencia reservadas al servicio de telefonía móvil, puestas de manifiesto en los procesos de licitación recientes para la obtención de licencias UMTS, fundamentalmente en Reino Unido y Alemania”. Tal apreciación se contradice, a su juicio, con la contenida en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en la Unión Europea, de 20 de marzo de 2001, que pone de manifiesto cómo “[d]esde el verano de 2000 ha disminuido en Europa el interés suscitado por las licencias de sistemas de tercera generación, como consecuencia de la revaluación de riesgos efectuada por los operadores o por posibles nuevos participantes en el mercado. [...] El valor comercial del espectro reservado a la tercera generación (reflejado en las cantidades que los operadores están dispuestos a pagar) ha sufrido una disminución muy significativa a raíz de las subastas realizadas el año pasado en el Reino Unido y Alemania”.

De lo anterior deduce el órgano cuestionante que las subastas realizadas en Reino Unido y Alemania, lejos de implicar una revalorización del espectro radioeléctrico, han determinado una disminución del valor de mercado de éste, y por tanto, el elevado incremento de la tasa basado en dicho criterio carecería de una justificación objetiva, pareciendo responder más a una pretensión del Estado de lograr, por vía de imposición tributaria, las mismas cantidades conseguidas en Reino Unido y Alemania a través de las subastas de licencias UMTS, incurriendo así en cierta arbitrariedad. Esta conclusión se desprende también, a juicio del órgano judicial, del Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2001 sobre la situación de competencia en los mercados, el cual destaca que “las subastas de las licencias UMTS realizadas en diversos países europeos y su secuela nacional en forma de incremento de la fiscalidad de la reserva de espectro radioeléctrico, han supuesto un incremento de la carga financiera sobre la práctica totalidad de los operadores de telefonía móvil, con incidencia directa en sus costes de producción”. Además esa arbitrariedad en el incremento del valor de la URR para el año 2001 se corrobora por el hecho de que para el año siguiente se hayan modificado nuevamente los citados parámetros, pero esta vez a la baja, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2002, Ley 21/2001, de 27 de diciembre, cuya Exposición de Motivos señala que “se fijan los coeficientes de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, reduciéndolos sustancialmente para adecuar la cuantía de la tasa al valor del espectro radioeléctrico y a la rentabilidad que puedan obtener los operadores, de acuerdo a la situación actual del sector de las telecomunicaciones en Europa y en nuestro país”. Ahora bien, no se especifican cuáles son las circunstancias que han determinado esa disminución del valor del espectro radioeléctrico y que, por tanto, justifican la reducción de los coeficientes de la tasa.

Planteada en esos términos la primera duda del órgano judicial debe recordarse, antes de nada, que la función de legislar no se puede entender como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, dado que el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria. Consiguientemente, si el Poder Legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento es evidente que no es suficiente la mera discrepancia política para tacharla de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia, creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ya en situaciones personales (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 108/1986, de 19 de julio, FJ 17; 99/1987, de 11 de junio, FJ 4; y 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 7).

Dicho lo que antecede es doctrina constante de este Tribunal que la calificación de “arbitraria” dada a una Ley (a los efectos del art. 9.3 de la Constitución) exige una cierta prudencia. Ahora bien, aunque la Ley es la “expresión de la voluntad popular”, como dice el preámbulo de la Constitución, sin embargo en un régimen constitucional también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal Constitucional velar por que se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente. Ahora bien, ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas. Por este motivo el cuidado que se debe tener para mantenerse dentro de los limites de ese control se extrema cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según hemos advertido en numerosas Sentencias (SSTC 44/1988, de 22 de marzo, FJ 13; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; y 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7). Así, al examinar un precepto legal tachado de arbitrario, el análisis se centra en efectuar una doble verificación: en primer lugar, si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, pues en tal caso, también supondría una arbitrariedad (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 108/1986, de 29 de julio, FJ 18; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 142/1993, de 22 de abril, FJ 9; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 16; 116/1999, de 17 de junio, FJ 14; 74/2000, de 14 de marzo, FJ 4; STC 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; 96/2002, de 26 de abril, FJ 6; 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 7; y 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7).

Basta, entonces, con que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional, y que el medio adoptado no sea discriminatorio, para que quede ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 9). Dicho sea en otras palabras, si la norma analizada no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución que adopta, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supondría discutir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene por qué resultar arbitraria o irracional (SSTC 44/1988, de 22 de marzo, FJ 13; 116/1999, de 17 de junio, FJ 14; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 96/2002, de 26 de abril, FJ 6; 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 7; y 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7).

6. Conforme a la doctrina expuesta resulta evidente que la medida adoptada por el legislador y cuestionada por el órgano judicial (el incremento de la cuantía de la tasa conforme al valor del mercado radioeléctrico del año 2001 como consecuencia de la aplicación del nuevo coeficiente “C5”) podrá ser o no criticable desde un punto de vista técnico o económico, pero en modo alguno merece reproche desde el punto de vista constitucional, en su contraste con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), pues, ni la media adoptada establece una discriminación arbitraria, ni carece de una finalidad razonable.

En efecto, por una parte el coeficiente cuestionado no establece una discriminación entre sujetos o categorías de sujetos, pues el “Parámetro C5” modificado, que es el que determina la subida en la cuantía de la tasa para el ejercicio 2001, se aplica por igual a todos los operadores de servicio fijo (punto a multipunto), sin distinción de ninguna clase, y ello se lleva a cabo en función del número de URRs (unidades de reserva radioeléctrica) que a cada uno corresponda como consecuencia de la concesión administrativa demanial, lo que excluye la posible arbitrariedad de la medida analizada desde esta perspectiva.

Por otra parte la nueva cuantía asignada al coeficiente cuestionado no carece de una finalidad razonable, pues basta con acudir al art. 73 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (tanto en la redacción previa a la modificación operada por la Ley 13/2000, de 29 de diciembre, como en la redacción posterior a esa modificación) para comprobar que a efectos de la fijación del importe de una tasa como la del caso de autos “se tendrá en cuenta el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario”, para cuya determinación el parámetro relativo al interés económico o rentabilidad del servicio prestado (C5) se valora (en los supuestos de “Servicio fijo punto a multipunto/reservas de banda en todo el territorio nacional”) mediante la aplicación de un coeficiente multiplicador que pasa del “1,7103” al “23,258103” tras la modificación operada por la Ley 13/2000 (aquí cuestionada). La razón de dicha subida se razona en la Memoria justificativa de la tasa (del Ministerio de Ciencia y Tecnología) en la circunstancia de que “el espectro radioeléctrico constituye un recurso escaso” que no ha sido objeto de una “valoración real de su uso, constituyendo un anacronismo los precios simbólicos” que se venían aplicando y, con más motivo, en las “bandas de frecuencia reservadas al servicio de telefonía móvil, las cuales han experimentado una revalorización importantísima en Europa, puesta de manifiesto en los procesos de licitación recientes para la obtención de licencias UMTS, fundamentalmente en Reino Unido y en Alemania”. Más concretamente, según esa misma Memoria justificativa para valorar el parámetro C5 se utilizan tres procedimientos, la media de los cuales determinará el valor definitivo: 1) el valor de mercado europeo; 2) el valor de mercado modificado por aplicación del tipo de interés y la inflación; y 3) la valoración del rentabilidad esperada. En consecuencia existe una finalidad que se muestra como razonable (ajustar el coste de la tasa al valor real de mercado del uso de un bien escaso), lo que excluye también la posible arbitrariedad de la medida adoptada desde esta segunda perspectiva de nuestro análisis.

7. Entiende el órgano judicial que ese mismo incremento podría ser desproporcionado en atención a la finalidad de la tasa, pero esta vez desde la perspectiva del deber de contribuir a los gastos mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE). En este sentido sostiene que, si el objetivo de la tasa es garantizar el uso óptimo del espectro radioeléctrico [según se desprende de la Directiva 97/13/CE (art. 11.22)], es decir, fomentar la actividad de los operadores para el desarrollo de tecnologías innovadoras que impliquen un ahorro en el uso del espectro ocupando el menor espacio posible, ello exige la imposición de la carga estrictamente necesaria para lograr ese fin, siendo así que una cuota tributaria excesiva, como la fijada para el año 2001, puede limitar o desalentar a los operadores para la introducción de esos servicios innovadores. Por tal razón el excesivo incremento de la tasa para el año 2001, con la consiguiente reducción para el año siguiente, carece de una justificación objetiva que lo legitime desde el punto de vista de los principios constitucionales del art. 31.1 (generalidad, capacidad e igualdad), resultando dicha medida tan desproporcionada en relación con la finalidad perseguida (garantizar el uso óptimo del espectro) que la convierte en lesiva y contraria al deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un “sistema tributario justo”.

Antes de nada es necesario precisar que la “justicia tributaria” no es un principio constitucional del que deriven derechos u obligaciones para los ciudadanos, sino un fin del sistema tributario, que sólo se conseguirá en la medida en que se respeten los restantes principios constitucionales (seguridad jurídica, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad) [STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5]. Dicho esto, tampoco el incremento de la cuantía de la tasa para el año 2001, fruto de la aplicación del nuevo coeficiente C5, puede considerarse contrario al art. 31.1 CE. Debe tenerse en cuenta que las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público se gradúan en función de la utilidad derivada de dicha utilización en el mercado, esto es, se cuantificarán “tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquélla”» (art. 19.1 Ley 8/1989), en concreto y en lo que ahora interesa, con relación al “valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario” (art. 73 Ley 11/1998).

No cabe soslayar que la memoria justificativa de la tasa tomó como referencia en la cuantificación del citado Parámetro C5 el mercado europeo radioeléctrico y, en concreto, de un lado, las subastas de licencias UMTS que se habían producido en Alemania y Reino Unido y, de otro, el precedente de subastas de licencias de servicios de telefonía fija en Suiza, así como las previsiones sobre las mismas en el Reino Unido. En consecuencia el coeficiente cuestionado ha sido fijado en función de esa utilidad, calculada con referencia al valor del mercado (europeo) correspondiente al año 2001. Es decir, se ha calculado en relación a la utilidad potencial razonablemente esperable y no en función del rendimiento efectivamente obtenido tras el uso privativo o especial del dominio público. No se trata, pues, como hace el órgano judicial, de calcular la proporción o desproporción de la tasa tomando como medida de referencia la cuantía del ejercicio anterior o la del siguiente, sino de determinar si es proporcional al valor de mercado del año liquidado. Y éste es un extremo (la pretendida desproporción entre la cuantía de la tasa y el valor económico de la utilidad derivada del uso privativo del dominio público en el ejercicio 2001) que no ha sido acreditado por el órgano judicial.

En consecuencia, si la cuantía de la tasa es fruto de la concesión administrativa y tiende a compensar a la sociedad por el uso privativo que del dominio público hace una entidad privada con ánimo de lucro, desde el plano de la estricta constitucionalidad ningún reproche se le puede hacer, al haberse calculado de forma proporcional al beneficio potencial que previsiblemente podía reportar al titular de la concesión.

8. Finalmente plantea también el órgano judicial que aquella desproporción en la cuantía de la tasa aplicada durante el ejercicio 2001 podría incidir en la libertad de empresa, entendida ésta como el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15), por cuanto la medida adoptada podría desalentar el acceso al mercado de nuevos operadores y afectar al desarrollo de un mercado competitivo. En este sentido señala el órgano cuestionante que, como manifiesta la Comisión Europea en la Comunicación antes citada, los elevados costes financieros serían especialmente difíciles de soportar para los nuevos participantes que todavía no han establecido sus redes ni cuentan con una presencia en el mercado, afectando igualmente de manera negativa a las inversiones previstas para el desarrollo de los nuevos servicios. De hecho la Comisión del mercado de las telecomunicaciones, en su Informe Anual del año 2001, pone de manifiesto este obstáculo a la libertad de empresa al señalar que: “las subastas de las licencias UMTS realizadas en diversos países europeos y su secuela nacional en forma de incremento de la fiscalidad de la reserva de espectro radioeléctrico, han supuesto un incremento de la carga financiera sobre la práctica totalidad de los operadores de telefonía móvil, con incidencia directa en sus costes de producción. Esta carga ha tenido mucha mayor incidencia relativa en los operadores entrantes que en los establecidos, debido a la diferencia en el nivel de los ingresos netos”.

El art. 38 CE dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación con los artículos 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.B)], viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15). También hay que poner aquel precepto en conexión con el 139.2 CE, pues toda medida que impida o fomente el traslado de empresas incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de empresa. Efectivamente: “el traslado de industrias guarda estrecha relación con los principios de la constitución económica a los que acaba de hacerse referencia, no sólo en la medida en que la actividad de traslado industrial de un lugar a otro dentro del Estado implica desplazamiento espacial de medios productivos y circulación, en consecuencia, de bienes y personas por el territorio nacional, sino también por cuanto constituye una relevante manifestación de la libertad de empresa que el art. 38 de la Constitución reconoce [...], entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad” (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 4/1990, de 5 de abril, FJ 4; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 11).

De la doctrina expuesta es difícil extraer una conclusión favorable a la vulneración pretendida, porque nos encontramos ante una medida que no impide “iniciar y sostener una actividad empresarial”, ni tampoco impide “hacerlo en libre competencia”, ni, en fin, genera “prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad”. Es decir, se trata de una medida que no es excluyente del acceso al mercado ni obstaculizadora del ejercicio libre de la actividad. Además su posible incidencia en la uniformidad del mercado no puede calificarse de incompatible con la Constitución, pues deja a salvo la igualdad básica de todos los españoles (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3). No cabe duda de que las medidas tributarias relacionadas con actividades económicas afectarán a su ejercicio. Pero que incidan en la libertad de empresa no supone necesariamente que cualquier medida que tenga dicha incidencia sea lesiva de la citada libertad. No es posible admitir (como pretende el órgano judicial) que una tasa por el uso privativo del dominio público es contraria a la libertad de empresa garantizada por la Constitución por el sólo hecho de que incida en los costes de producción de la actividad económica que se beneficia de ese uso privativo, pues todo tributo incide de forma directa o indirecta en esos costes de producción. Todo ello sin dejar de lado que es precisamente la concesión administrativa para el uso privativo del dominio público la que permite a la entidad concesionaria el ejercicio de una actividad económica de carácter lucrativo.

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional

ACUERDA

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2677-2004 planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 1790-2001.

Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil cinco.