CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 7 de septiembre de 2006 [1]

I. Introducción

1. En noviembre de 2000, la Telekom-Control-Kommission, autoridad austriaca de reglamentación, subastó varios bloques de frecuencias para prestar servicios de telefonía móvil con arreglo al estándar UMTS/IMT-2000 [2] (también denominados servicios de telefonía móvil de tercera generación –3G–) y, a continuación, concedió a los operadores adjudicatarios, mediante resolución, derechos de uso correspondientes. Con ello se obtuvieron ingresos por un total de 831.595.241,10 euros. Ya con anterioridad se habían asignado del mismo modo frecuencias para prestar servicios de telefonía móvil de segunda generación (estándar GSM) [3] y para el sistema radioeléctrico terrenal con concentración de enlaces TETRA. [4]

2. Los aparatos de telefonía móvil 3G disponen de una mayor capacidad para la transmisión de datos en comparación con los teléfonos móviles de las generaciones precedentes. En particular, permiten prestar servicios multimedia, como videoconferencias, acceso a internet y teleconferencias. La introducción de la telefonía móvil UMTS es considerada un avance técnico significativo que abre a las empresas de telecomunicaciones nuevos sectores de actividad muy variados.

3. En el litigio del procedimiento principal, las ocho empresas de telecomunicaciones que adquirieron los derechos de uso de frecuencias (en lo sucesivo, «demandantes») alegan que el otorgamiento de los derechos es una operación sujeta al impuesto sobre el valor añadido (IVA), por lo que los cánones por el uso de frecuencias tenían que haberlo incluido. En consecuencia, exigen que se les expidan facturas en las que se indique la cantidad del IVA. Este elemento constituye un requisito para la deducción del IVA supuestamente abonado en tanto que impuesto soportado.

1 — Lengua original: alemán.

2 — IMT-2000: International Mobile Telecommunications-2000 (Telecomunicaciones Móviles Internacionales 2000) [estándar desarrollado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)]; UMTS: Universal Mobile Telecommunications System (Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles) [estándar desarrollado en el marco de la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT) y del Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI); forma parte de la denominada familia IMT-2000].

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestrial Trunked Radio. Para más información sobre este estándar de radio digital, consultar la página web de TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

4. Según el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva del IVA [5] (en lo sucesivo, «Sexta Directiva»), sólo están sujetas al impuesto las operaciones realizadas por un sujeto pasivo en el marco de su actividad económica. En su artículo 4, apartado 5, la Directiva establece que no tendrán la condición de sujetos pasivos el Estado y sus organismos cuando ejerzan funciones públicas. La interpretación de estos preceptos en relación con la subasta de los derechos de uso de frecuencias constituye el fondo del presente procedimiento.

5. En una resolución de remisión paralela, [6] respecto a la que también hoy presento mis conclusiones, el VAT and Duties Tribunal London plantea cuestiones similares sobre la apreciación de la subasta de licencias UMTS en el Reino Unido.

6. Por otra parte, otros Estados miembros siguieron el ejemplo británico y austriaco y también ingresaron altas sumas por las licencias. Por lo tanto, este procedimiento y el paralelo del Reino Unido son de especial importancia, no sólo a causa de las enormes sumas que están en juego. Antes bien, pueden señalar el camino de litigios similares en otros Estados miembros.

II. Marco jurídico

A. *Disposiciones sobre el IVA*

1. Derecho comunitario

7. Con arreglo al artículo 2, número 1, de la Sexta Directiva, están sujetas al IVA:

«Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal.»

8. Quiénes deben ser considerados sujetos pasivos se define en el artículo 4 de la Sexta Directiva del siguiente modo:

«1. Serán considerados como sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna de las actividades económicas mencionadas en el apartado 2, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad.

5 — Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

6 — Asunto Hutchison y otros (C-369/04).

2. Las actividades económicas a que se alude en el apartado 1 son todas las de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las actividades extractivas, las agrícolas y el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. En especial será considerada como actividad económica la operación que implique la explotación de un bien [corporal o] incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

[...]

5. Los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades u operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones.

No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones deberán ser considerados como sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones graves de la competencia.

En cualquier caso, los organismos anteriormente citados tendrán la condición de sujetos pasivos cuando efectúen las operaciones enumeradas en el Anexo D, excepto cuando el volumen de éstas sea insignificante.

[...]»

9. En el anexo D figuran, en el número 1, las telecomunicaciones como operación en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva.

2. Derecho nacional

10. Con arreglo al artículo 1, apartado 1, número 1, de la Umsatzsteuergesetz 1994 (Ley austriaca del impuesto sobre el volumen de negocios de 1994; en lo sucesivo, «UStG»), están sujetas al impuesto sobre el volumen de negocios las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso por un empresario en el interior del país en el marco de su empresa. La tributación de dichas operaciones no queda excluida por el hecho de que la operación se realice en virtud de una disposición legal o de una resolución administrativa o se considere realizada por ministerio de la ley.

11. En virtud del artículo 2, apartado 1, de la UStG debe considerarse empresario quien ejerza de manera independiente una actividad industrial, comercial o profesional. Por actividad industrial, comercial o profesional se entiende toda actividad permanente desarrollada con el fin de obtener ingresos.

12. De conformidad con el artículo 2, apartado 3, de la UStG, las entidades de Derecho público sólo ejercen, en principio, una actividad industrial, comercial o profesional, en el marco de sus actividades de carácter mercantil (artículo 2 de la Körperschaftsteuergesetz; Ley austriaca del impuesto sobre sociedades; en lo sucesivo, «KStG»). En el artículo 2, apartado 1, de la KStG se establece que constituye una actividad de carácter mercantil de una entidad de Derecho público, la de cualquier organismo económicamente autónomo que ejerza exclusiva o predominantemente una actividad económica privada permanente que tenga por objeto obtener ingresos o, en caso de no participar en el tráfico económico general, otras ventajas económicas y no se dedique a la agricultura o la silvicultura.

13. El artículo 2, apartado 5, de la KStG tiene el siguiente tenor: «No se considerará actividad económica privada en el sentido del apartado 1 una actividad que esté destinada fundamentalmente al ejercicio de funciones públicas (actividad propia de los poderes públicos). [...]»

14. El artículo 11, apartado 1, párrafos primero y segundo, de la UStG dispone lo siguiente: «Cuando un empresario realice operaciones en el sentido del artículo 1, apartado 1, número 1, de la UStG, tendrá derecho a emitir facturas. En el caso de que realice dichas operaciones para otro empresario para las necesidades de su empresa o para una persona jurídica, en la medida en que no sea empresario, estará obligado a emitir facturas». [7] Con arreglo al artículo 11, apartado 1, número 6, de la UStG, dichas facturas deben contener la cuota del impuesto devengada sobre la contraprestación.

B. *Marco jurídico de la asignación de frecuencias UMTS*

15. Las frecuencias de radio son un recurso escaso. El espectro de frecuencias radioeléctricas que se puede utilizar técnicamente ya está atribuido, en gran parte, a distintos servicios y utilizaciones. Para evitar interferencias, cada utilización tiene atribuidas distintas parcelas delimitadas entre ellas (bandas de frecuencia). La ordenación mundial de las frecuencias se basa en los trabajos efectuados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), una organización internacional del sistema de las Naciones Unidas.

7 — La demandada en el litigio principal ha señalado que esa disposición tenía otro tenor en el momento pertinente, a saber: cuando un empresario realice operaciones sujetas a impuestos tendrá derecho a emitir facturas en las que se indique por separado la cuantía del impuesto. Tendrá la obligación de hacerlo cuando así lo solicite el empresario para cuya empresa haya realizado la operación.

16. Las bandas de frecuencia abiertas para las telecomunicaciones móviles UMTS/IMT-2000 fueron definidas, fundamentalmente, en 1992 por la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR 92) organizada por la UIT. En la Resolución 212, la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones de 1997 señaló que se contaba con la introducción para el año 2000 de los servicios de telecomunicaciones móviles IMT-2000.

17. En el plano europeo, la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT) [8] efectuó también otros preparativos para introducir las telecomunicaciones móviles de tercera generación. El Comité Europeo de Radiocomunicaciones (ERC), que pertenece a la citada organización, definió en la Decisión ERC/DEC(97)/07 de 30 de junio de 1997, [9] en particular, el espectro radioeléctrico que estaba disponible.

18. La reserva de espectro radioeléctrico para las telecomunicaciones móviles de tercera generación puede subdividirse en otras áreas en las cuales varios operadores tienen la posibilidad de explotar en paralelo redes de telefonía móvil. La dotación y el número de derechos de uso de frecuencias otorgados para ello varían de un Estado miembro a otro. [10] Por ejemplo, mientras que Austria y Alemania han dividido el espectro entre seis operadores, en Bélgica y Francia fueron sólo tres. Así pues, existe cierto margen discrecional –en el marco de las exigencias técnicas mínimas– a la hora de definir la amplitud de banda que se atribuye a la explotación de una red.

19. La ordenación de frecuencias para los servicios de telefonía móvil de segunda generación también se basa en las normas de la CEPT.

1. Derecho comunitario

20. En el período pertinente para el presente asunto, la Directiva 97/13/CE [11] ofrecía el marco comunitario para la concesión de autorizaciones generales e individuales para servicios de telecomunicaciones.

8 — La CEPT es una organización internacional a la que pertenecen, hasta el momento, las autoridades de reglamentación de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones de 46 Estados europeos. Para más información, véase la página web de la organización: www.cept.org.

9 — En ella se destinan las bandas de frecuencia 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz y 2110-2170 MHz para la componente terrenal del UMTS, así como 1980-2010 MHz y 2170-2200 MHz para la componente espacial del UMTS.

10 — Véase a este respecto la información contenida en el sitio web de la Oficina Europea de Radiocomunicaciones (OER/ERO): www.ero.dk/ecc.

11 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, p. 15); derogada, con efectos a partir del 24 de julio de 2003, por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33).

21. Con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 97/13, los «Estados miembros únicamente podrán expedir una licencia individual cuando se conceda al beneficiario acceso a recursos escasos, ya sean físicos o de cualquier otra naturaleza, o cuando el beneficiario esté sujeto a obligaciones especiales o goce de derechos especiales, con arreglo a lo dispuesto en la sección III.»

22. La sección III de la Directiva (artículos 7 a 11) regula más a fondo la licencia individual. El artículo 10 dispone que los Estados miembros pueden limitar el número de licencias individuales en la medida en que sea necesario para garantizar el uso eficaz de radiofrecuencias. Para ello, deberán tener debidamente en cuenta la necesidad de conseguir los máximos beneficios para los usuarios y facilitar el desarrollo de la competencia. Los Estados miembros concederán las licencias individuales con arreglo a criterios de selección no discriminatorios, objetivos, transparentes, proporcionados y detallados.

23. Con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13, por la concesión de las autorizaciones se pueden exigir cánones que cubran los gastos causados. Por otra parte, el apartado 2 permite establecer otros gravámenes:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando se trate de recursos escasos, los Estados miembros podrán autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos. Estos gravámenes no podrán ser discriminatorios y habrán de tener en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.»

24. La Directiva 97/13 fue derogada por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). [12] Contrariamente a la Directiva 97/13, el artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2002/21 dispone actualmente que los Estados miembros podrán autorizar que las empresas transfieran derechos de uso de radiofrecuencias a otras empresas.

25. Para dicho supuesto, el artículo 9, apartado 4, de la Directiva 2002/21 prevé lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que la intención de una empresa de transferir derechos de uso de radiofrecuencias se notifique a la autoridad nacional de reglamentación responsable de la asignación de frecuencias y por que todas las trasferencias tengan lugar con arreglo a los procedimientos establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación y se hagan públicas. Las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que no se falsee la competencia como resultado de estas transferencias. Cuando se haya armonizado el uso de las radiofrecuencias a través de la

12 — Citada en la nota 11.

aplicación de la Decisión nº 676/2002/CE (Decisión espectro radioeléctrico) u otra medida comunitaria, estas transferencias no podrán suponer modificación del uso de dichas radiofrecuencias.»

26. También resulta de interés la Decisión nº 128/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación (UMTS) en la Comunidad [13] (en lo sucesivo, «Decisión UMTS»). Con esta Decisión, el Parlamento y el Consejo dieron, en cierta medida, el disparo de salida para la introducción a escala europea de la telefonía móvil UMTS.

27. En la exposición de motivos de la Decisión UMTS, se refieren a los avances y proyectos internacionales para las telecomunicaciones móviles de tercera generación. El artículo 3, apartado 1, de la Decisión UMTS obliga a los Estados miembros a crear, hasta el 1 de enero de 2000, un sistema de autorizaciones para la introducción de los servicios UMTS. Con arreglo al artículo 3, apartado 3, al hacerlo deben «[velar], de conformidad con la legislación comunitaria, por que la prestación de servicios UMTS se organice [...] en las bandas de frecuencia que hayan sido armonizadas por la CEPT [...]».

13 — DO 1999, L 17, p. 1.

2. Disposiciones nacionales

28. Con arreglo al artículo 14 de la Telekommunikationsgesetz de 1 de junio de 2000 (Ley austriaca de Telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TKG»), los servicios de telefonía y otros servicios públicos de telefonía móvil por medio de redes de telecomunicaciones móviles de explotación propia requieren una concesión. Para las concesiones de prestación de servicios públicos de telefonía móvil, se otorga la concesión cuando se hayan asignado las frecuencias al solicitante o puedan serle asignadas simultáneamente con la concesión (artículo 15, apartado 2, número 3, de la TKG). En virtud del artículo 16, apartado 1, de la TKG, las concesiones pueden ser transmitidas, con autorización de la autoridad de reglamentación. El otorgamiento de la concesión está sujeto a una tasa con el fin de cubrir los gastos administrativos (artículo 17 de la TKG).

29. Según el artículo 21, apartado 1, de la TKG, los titulares de una concesión de telefonía móvil abonarán un canon único o anual por el uso de las frecuencias, además de la tasa de uso de frecuencias, para garantizar el uso eficiente del espectro de frecuencias. El artículo 49, apartado 4, de la TKG dispone que «la asignación de frecuencias destinadas a la prestación de servicios públicos de comunicaciones móviles y a otros servicios públicos de telecomunicaciones será realizada por la autoridad de reglamentación».

30. El procedimiento de asignación está regulado en concreto en el artículo 49 a de la TKG, cuyo apartado 1 establece: «La autoridad de reglamentación asignará las frecuencias para las que esté habilitada a aquellos solicitantes que cumplan los requisitos generales con arreglo al artículo 15, apartado 2, números 1 y 2, y garanticen el uso óptimo de las frecuencias, el cual se comprobará a través de la contraprestación que se ofrezca por el uso de las frecuencias.»

31. Se establecen más reglas en un reglamento de procedimiento adoptado por la Telekom-Control-Kommission, sobre la base del artículo 49 a, apartado 7, de la TKG, así como en la convocatoria de 10 de julio de 2000 relativa a un procedimiento de asignación de frecuencias para sistemas de telefonía móvil de tercera generación (UMTS/IMT-2000). En ella se establecen, en particular, una cantidad mínima de 700.000.000 ATS (50.870.983,92 euros) por un paquete de frecuencias de la zona pareada y 350.000.000 ATS (25.435.491,96 euros) por un paquete de la zona no pareada.

32. Hasta el 1 de junio de 2000 se aplicaban al otorgamiento de la concesión las reglas de la TKG en su versión de 1997.

33. En 2003 se reformó la TKG. Actualmente, el artículo 56, apartado 1, de la TKG regula, en particular, la cesión de derechos de uso de frecuencias que hayan sido asignadas por la autoridad de reglamentación. Esta cesión sólo es posible en determinadas condiciones y requiere la autorización de la autoridad de reglamentación.

34. En los artículos 110 a 112 de la TKG se establecen la creación y las funciones de la Telekom-Control-Kommission. Ésta forma parte de la Telekom-Control GmbH (sociedad limitada de control de telecomunicaciones), cuyo único socio es el Estado y que asume aquellas funciones de la autoridad de reglamentación que no hayan sido transferidas a la Telekom-Control-Kommission (artículos 108 y 109 de la TKG). Entre las funciones de reglamentación de la Telekom-Control-Kommission se cuenta, en particular, la asignación de frecuencias, según lo dispuesto en el artículo 49, apartado 4, en relación con el artículo 49 a de la TKG (artículo 111, número 9, de la TKG).

III. Hechos y cuestiones prejudiciales

35. Mediante resolución de 20 de noviembre de 2000 de la Telekom-Control-Kommission se procedió a la asignación de frecuencias y a la adjudicación de concesiones para sistemas de telefonía móvil de tercera generación (UMTS/IMT-2000). Con anterioridad a la asignación, los paquetes de frecuencias habían sido objeto de una licitación pública posteriormente adjudicada mediante un procedimiento de subasta simultánea en varias fases. En la subasta, que tuvo lugar los días 2

y 3 de noviembre de 2000, se adjudicaron un total de doce bloques de frecuencias pareadas de 5 MHz cada una y, en otra subasta simultánea, cinco bloques individuales de frecuencias de 5 MHz. Sobre la base de los resultados de la subasta, los paquetes de frecuencias se asignaron, conforme a la resolución, a las demandantes. Los cánones de uso de frecuencias se fijaron en las siguientes cuantías:

T-Mobile Austria GmbH:	170.417.796,10 euros
Mobilkom Austria AG & Co KG:	171.507.888,60 euros
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113.151.602,70 euros
ONE GmbH:	120.055.522,00 euros
Hutchison 3G Austria GmbH:	139.023.131,70 euros
3G Mobile Telekommunikations GmbH:	117.439.300,00 euros

36. Las cantidades indicadas debían ser abonadas por los adjudicatarios en cada caso en dos pagos, el primero de ellos en un plazo de siete días tras la notificación de la resolución de la Telekom-Control-Kommission y el segundo en un plazo de seis semanas. La concesión y la asignación de frecuencias tienen validez hasta el 31 de diciembre de 2020.

37. Mediante resolución de 3 de mayo de 1999 de la Telekom-Control-Kommission se asignaron a la sociedad tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG derechos de uso de frecuencias GSM (canales DCS 1800) a cambio de un canon de uso de frecuencias de 98.108.326 euros. Por otra parte, mediante resolución de 7 de febrero de 2000, la Telekom-Control-Kommission asignó a la sociedad master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG frecuencias para el sistema radioeléctrico terrenal con concentración de enlaces TETRA, fijándose un canon de uso de frecuencias de 4.832.743,47 euros. También estas resoluciones se basaron en una adjudicación mediante subasta.

38. En el litigio del procedimiento principal las demandantes reclaman la emisión de facturas por los cánones de uso de frecuencias, en las que se indique el IVA que, a su juicio, está incluido en el canon. En el marco de este procedimiento, el Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ha planteado, mediante resolución de 7 de junio de 2004, con arreglo al artículo 234 CE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿El artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, en relación con el anexo D,

número 1, de la [Sexta] Directiva [...], debe interpretarse en el sentido de que el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil de los estándares UMTS/IMT-2000, GSM-DCS 1800 y TETRA [...] por parte de un Estado miembro a cambio de un canon de uso de frecuencias constituye una actividad en el sector de las telecomunicaciones?

2) ¿El artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro en cuyo Derecho nacional no se haya establecido el criterio, mencionado en el artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Directiva, de que el volumen de una actividad no sea "insignificante" (regla *de minimis)* como requisito para tener la condición de sujeto pasivo debe ser considerado siempre, por esta razón, como sujeto pasivo en todas las actividades que desarrolle en el sector de las telecomunicaciones, con independencia de que el volumen de dichas actividades sea insignificante?

3) ¿El artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil por parte de un Estado miembro a cambio de un canon de uso de frecuencias por un importe total de 831.595.241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), 98.108.326 EUR (canales DCS 1800) y 4.832.743,47 EUR (TETRA) debe considerarse una actividad de un volumen no insignificante, de modo que el Estado miembro tiene la condición de sujeto pasivo por dicha actividad?

4) ¿El artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que lleva a distorsiones graves de la competencia el hecho de que, con ocasión del otorgamiento de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil a cambio de un canon de uso de frecuencias por un importe total de 831.595.241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), 98.108.326 EUR (canales DCS 1800) y 4.832.743,47 EUR (TETRA), un Estado miembro no esté sujeto al impuesto sobre el volumen de negocios por dichos cánones, mientras que los operadores privados de las mismas frecuencias deben aplicar a dicha actividad este impuesto?

5) ¿El artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que una actividad de un Estado miembro consistente en otorgar derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil a empresas de telefonía móvil, de tal modo que dicho Estado, inicial-

mente, determina mediante subasta la mejor oferta por el canon de uso de frecuencias, asignando posteriormente las frecuencias al mejor postor, no se desarrolla en el ejercicio de sus funciones públicas y, por tanto, debe considerarse al Estado miembro sujeto pasivo por dicha actividad, con independencia de la naturaleza jurídica que tenga el acto de adjudicación con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro?

6) ¿El artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil por parte de un Estado miembro, que se describe en la quinta cuestión, debe considerarse una actividad económica y, por ende, debe considerarse al Estado miembro sujeto pasivo por dicha actividad?

7) ¿Debe interpretarse la Sexta Directiva en el sentido de que los cánones de uso de frecuencias establecidos por el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil constituyen cánones brutos (que incluyen ya el impuesto sobre el valor añadido) o cánones netos (a los que puede aplicarse aún el impuesto sobre el valor añadido)?»

39. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones las empresas mencionadas en los puntos 35 y 37, la Finanzprokuratur de la República de Austria, en calidad de demandada, los Gobiernos danés, alemán, italiano, neerlandés, austriaco y polaco, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión de las Comunidades Europeas.

IV. Apreciación jurídica

40. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Sexta Directiva, son considerados sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente una actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad. El artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva define con más precisión el concepto de actividad económica. Así, estos preceptos no sólo regulan quién puede ser sujeto pasivo, sino, asimismo, en qué condiciones está sujeta la actividad de una persona al IVA.

41. El artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva contiene normas diferenciadas sobre cuándo debe considerarse sujeto pasivo al Estado. [14] Sin embargo, la aplica-

14 — El Abogado General Mischo expone claramente que el artículo 4, apartado 5, está estructurado, por así decir, en niveles y funciona en excepciones y contraexcepciones [conclusiones de 15 de marzo de 1989, presentadas en los asuntos Comune di Carpaneto Piacentino y otros (sentencia de 17 de octubre de 1989, 231/87 y 129/88, Rec. p. 3233), punto 8].

ción de estas reglas presupone ante todo la existencia de una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2. Por lo tanto, procede examinar en primer lugar la sexta cuestión prejudicial, que se refiere a la interpretación de esta norma.

A. *Sobre la sexta cuestión prejudicial: existencia de una actividad económica*

42. Mediante su sexta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el otorgamiento, por parte de un Estado miembro, de derechos de uso de frecuencias para sistemas de telefonía móvil debe ser considerado una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva.

43. El artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva contiene una enumeración muy extensa sobre qué debe considerarse actividad económica a efectos del apartado 1. Junto a todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios se incluye, en especial, la operación que implique la explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

44. El Tribunal de Justicia ha inferido de dicha definición «tanto la amplitud del ámbito de aplicación cubierto por el concepto de actividades económicas, como su carácter objetivo, en el sentido de que la actividad se define por sí misma, con independencia de sus fines o de sus resultados». [15]

45. Por lo tanto, no depende de las intenciones subjetivas que el interesado persiga con su actividad. De ser así, la administración tributaria tendría que hacer pesquisas para determinar esas intenciones, lo cual sería incompatible con los objetivos del sistema común del IVA. En efecto, el sistema está destinado a garantizar la seguridad jurídica y facilitar las actuaciones inherentes a la aplicación del IVA tomando como base, salvo en casos excepcionales, la naturaleza objetiva de la operación de que se trate. [16]

46. A continuación, me ocuparé de la alegación de que una actividad económica queda excluida por el mero hecho de que la subasta de los derechos de uso de frecuencias fue un instrumento de regulación del mercado. Después se habrá de examinar si la

15 — Sentencias de 12 de septiembre de 2000, Comisión/Grecia (C-260/98, Rec. p. I-6537), apartado 26, y Comisión/Reino Unido (C-359/97, Rec. p. I-6355), apartado 41, así como sentencia de 21 de febrero de 2006, University of Huddersfield (C-223/03, Rec. p. I-1751), apartado 47. Véase también la sentencia de 26 de marzo de 1987, Comisión/Países Bajos (235/85, Rec. p. 1471), apartado 8, así como, en el mismo sentido, en particular, las sentencias de 14 de febrero de 1985, Rompelman (268/83, Rec. p. 655), apartado 19, y de 27 de noviembre de 2003, Zita Modes (C-497/01, Rec. p. I-14393), apartado 38.

16 — Sentencias de 6 de abril de 1995, BLP Group (C-4/94, Rec. p. I-983), apartado 24, y de 12 de enero de 2006, Optigen y otros (C-354/03, C-355/03 y C-484/03, Rec. p. I-483), apartado 45.

operación debe calificarse de explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva.

1. ¿El objetivo de regulación del mercado excluye el carácter económico de una actividad?

47. Constituye el fondo contextual de la subasta de los derechos de uso de frecuencias, la circunstancia de que las frecuencias de radio son un recurso escaso. La parte del espectro electromagnético de la que dispone la telefonía móvil está predeterminada por medio de acuerdos internacionales. Dentro de esa zona sólo se puede explotar paralelamente un número limitado de redes de telefonía móvil. Para garantizar el uso planificado de las frecuencias y libre de interferencias, es inevitable una intervención reguladora por parte del Estado.

48. La Decisión UMTS obliga a los Estados miembros a aplicar los procedimientos administrativos necesarios para introducir los servicios UMTS.

49. La Directiva 97/13 y las medidas nacionales de adaptación correspondientes forman el marco jurídico concreto al que están vinculados los Estados miembros para la asignación de las bandas de frecuencia. Con arreglo al artículo 10 de la Directiva 97/13, para conceder licencias individuales, los Estados miembros tienen que establecer criterios de selección no discriminatorios, objetivos, transparentes, proporcionados y detallados. En virtud del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13, pueden imponer, en este contexto, gravámenes que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos.

50. Austria decidió subastar los derechos de uso de frecuencias. A través del procedimiento de subasta debía quedar claro, según el artículo 49 a de la TKG, cuáles eran los operadores que garantizaban el uso más eficiente de las frecuencias. En cambio, el objetivo no fue conseguir altos ingresos para el Estado, según informa el Gobierno austriaco.

51. Los Estados miembros intervinientes en el procedimiento y la Comisión deducen de esas circunstancias que el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias por parte de la Telekom-Control-Kommission no constituye una operación económica a efectos del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva, sino una medida de regulación del mercado.

52. No es posible compartir esta tesis.

53. La cuestión de si una actividad constituye una actividad económica en el sentido de la normativa sobre el IVA depende de su carácter objetivo, el cual debe ser determinado en función de las circunstancias externas concretas. En cambio, carece de relevancia la finalidad perseguida con la actividad, consistente en regular el acceso al mercado de la telefonía móvil de conformidad con las normas comunitarias y saber cuál sería el operador más adecuado. En efecto, tales fines no deben ser tenidos en cuenta, según la jurisprudencia citada, para la calificación de una actividad. [17]

54. El objeto de la subasta era el derecho a usar, durante un período de veinte años, determinadas frecuencias de radio para la explotación de una red de telefonía móvil. Este derecho, así como el derecho a su otorgamiento, fue adquirido en la subasta por aquellas empresas que más fuerte pujaron.

55. Cómo deba calificarse jurídicamente el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias por el Estado –en tanto que autorización administrativa o prestación privada– resulta tan poco relevante para determinar el carácter objetivo de la actividad como la denominación de la contraprestación de la empresa. En efecto, los derechos fueron otorgados, en cualquier caso, sólo a cambio del abono de la suma de dinero que resultó de la subasta, de modo que la prestación pecuniaria se halla en directa relación con el otorgamiento de los derechos. Por lo demás, el canon por el uso de frecuencias no constituye un gravamen que cubra únicamente los gastos administrativos de la asignación de frecuencias.

56. Tampoco es determinante la cuestión de si conseguir ingresos fue un motivo para la forma dada al procedimiento de concesión de los derechos de uso de frecuencias. Objetivamente, la Telekom-Control-Kommission otorgó los derechos a cambio de una prestación pecuniaria que debía reflejar el valor económico de los derechos y que multiplicó los gastos del procedimiento de concesión. Dado que en el pliego de condiciones se establecía la oferta mínima en 50 millones de euros, se pretendía conseguir también desde un principio una cuantiosa suma de ingresos. Para calificar la subasta respecto al IVA no es pertinente si conseguir esos ingresos era el motivo de la actuación del Estado o sólo un efecto secundario obligatoriamente inherente a esa forma del procedimiento de concesión.

57. Tampoco se opone a la calificación como actividad económica el hecho de que, en último término, el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias se inscribiese en un marco regulatorio definido por el Derecho comunitario. El cumplimiento de estas exigencias jurídicas constituye, asimismo, un objetivo de actuación (previa-

17 — Véanse las sentencias citadas en la nota 16.

mente impuesto), que debe quedar excluido de la apreciación de la actividad económica. [18]

58. La posibilidad de que una actividad reguladora esté sujeta al IVA en tanto que actividad económica, se manifiesta con una ojeada al anexo D, número 7, de la Sexta Directiva. Entre las actividades que, con arreglo al artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva, siempre deben calificarse de actividades estatales sujetas al IVA aparecen allí las operaciones de organismos de intervención agrícola que afecten a productos agrícolas, realizadas en aplicación de la reglamentación en materia de organización común del mercado de dichos productos. Si un organismo de intervención vende productos procedentes de sus existencias, debe aplicarse pues el IVA, aun cuando estas operaciones estén destinadas en primera línea a la regulación del mercado y no a la obtención de ingresos.

59. Al definirse a partir de las características externas objetivas de la operación, el concepto de actividad económica se extiende a un ámbito amplio, tal como lo entiende el Tribunal de Justicia. [19] De tomar en consideración ya en esta fase de examen el hecho de que una entidad pública actúe en el ejercicio de sus funciones legales de regulación, quedaría muy limitado desde el principio el ámbito de aplicación de la Directiva. En particular, quedaría poco margen para aplicar el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, aun cuando esta disposición contiene normas especiales para la Administración pública.

60. Precisamente, el Tribunal de Justicia declaró, en particular, en la sentencia denominada Eurocontrol, [20] a la que remiten algunas partes, que no concurre ninguna actividad económica, en el sentido de las normas sobre competencia del Tratado CE, cuando se ejercen facultades del poder público.

61. Sin embargo, el Derecho sobre la competencia y la Sexta Directiva se basan en diferentes conceptos de la actividad económica. En el Derecho sobre la competencia, el ejercicio del poder público se considera un criterio de exclusión para una actividad económica relevante desde el punto de vista de la competencia. Por lo demás, no existe en él ninguna norma especial para las actividades del Estado en el ejercicio de funciones públicas.

62. El concepto de actividad económica del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva es más amplio que el respectivo concepto del Derecho sobre la competencia. El ejercicio de funciones públicas no desempeña aquí, en principio, ningún papel. Antes bien, esta circunstancia no se toma en consideración hasta una fase de examen posterior, a saber, en el marco de la norma especial del artículo 4, apartado 5. Esta disposición sería enormemente superflua si el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva no estuviese abierto, de modo análogo a como ocurre en el Derecho sobre la competencia, a las actuaciones en el ejercicio del poder público.

18 — Véanse las sentencias Comisión/Países Bajos, citada en la nota 15, apartado 10; Comisión/Grecia, citada en la nota 15, apartado 28, y Comisión/Reino Unido, citada en la nota 15, apartado 43.

19 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 15.

20 — Sentencia de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43), apartado 30; véanse a este respecto, además, las sentencias de 18 de marzo de 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Rec. p. I-1547), apartados 22 y 23, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 57.

2. Explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo

63. Con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva, se considera actividad económica, en especial, una operación que implique la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. Los derechos de uso de frecuencias constituyen bienes incorporales.

64. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de explotación se refiere, conforme a las exigencias del principio de neutralidad del sistema común del IVA, a todas las operaciones, independientemente de su forma jurídica. [21] Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha considerado que el arrendamiento constituye una explotación de bienes que ha de apreciarse como actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva. [22] A cambio del pago de un gravamen, la Telekom-Control-Kommission cedió a las demandantes derechos temporales para el uso de frecuencias. Esta operación, similar a un alquiler o arrendamiento, debe ser considerada una explotación de un bien incorporal para obtener ingresos.

65. Sin embargo, la Finanzprokuratur y los Gobiernos danés, neerlandés y austriaco alegan que no concurre ninguna obtención de ingresos *continuados en el tiempo,* porque el otorgamiento de los derechos constituye una única operación.

66. Mientras que el concepto de «nachhaltig» («continuados en el tiempo») empleado en la versión alemana no es suficientemente claro, al consultar otras versiones lingüísticas se hace manifiesto que debe haber obtención de ingresos duraderos. [23] Por lo tanto, una explotación comercial ocasional de un bien no constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Enkler. [24]

67. Sin embargo, el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias que debe examinarse en el presente asunto no es una explotación ocasional en ese sentido. Para explicarlo, se hará memoria brevemente del contexto de la sentencia Enkler, antes citada.

21 — Sentencias de 4 de diciembre de 1990, Van Tiem (C-186/89, Rec. p. I-4363), apartado 18; de 26 de junio de 2003, KapHag (C-442/01, Rec. p. I-6851), apartado 37; de 29 de abril de 2004, EDM (C-77/01, Rec. p. I-4295), apartado 48, y de 21 de octubre de 2004, BBL (C-8/03, Rec. p. I-10157), apartado 36.

22 — Sentencias de 26 de septiembre de 1996, Enkler (C-230/94, Rec. p. I-4517), apartado 22, y de 27 de enero de 2000, Heerma (C-23/98, Rec. p. I-419), apartado 19. Véase también la sentencia Rompelman, citada en la nota 15, en la que el Tribunal de Justicia calificó de actividad económica la adquisición de un derecho de propiedad sobre una parte de un inmueble.

23 — Véanse, por ejemplo, en inglés: «for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis»; en francés: «en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence»; en italiano: «per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità»; en español: «con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo».

24 — Citada en la nota 22, apartado 20.

En ella se trataba de la cuestión de si el arrendamiento ocasional de una autocaravana, que, por lo demás, su propietario utilizaba principalmente de modo privado, debe ser considerado una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

68. El punto de partida del examen del Tribunal de Justicia fue la naturaleza de los bienes. Si, habitualmente, un bien se usa exclusivamente con fines económicos, ello constituye, en general, un indicio suficiente para considerar que su propietario lo utiliza para sus actividades económicas y, por consiguiente, con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. En cambio, si un bien, por su naturaleza, puede ser utilizado con fines tanto económicos como privados, deben examinarse todas las circunstancias de su uso para determinar si se utiliza efectivamente con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. [25]

69. Por lo que respecta al derecho de uso de frecuencias de radio para ofrecer telecomunicaciones móviles UMTS y GSM sólo cabe considerar una explotación económica. Por consiguiente, no se plantea aquí, de entrada, la cuestión de delimitar la explotación económica de la explotación privada de un bien. Por lo tanto, tampoco se puede hablar de una actividad económica ocasional, que fuese accesoria de una explotación privada.

25 — Sentencia Enkler, citada en la nota 22, apartado 27.

70. Por otra parte, el sistema TETRA debe utilizarse también para la comunicación de las autoridades de seguridad y orden, así como las entidades similares. En el caso de que estas transmitan a un operador privado la explotación de las redes, se daría por tanto una explotación económica de las frecuencias correspondientes. En cualquier caso, en los derechos de uso de frecuencias concretamente otorgados para el sistema TETRA no se aprecia que con ellos sólo se concediese un uso parcial para fines adquisitivos.

71. Tampoco el hecho de que los derechos de uso de frecuencias fuesen concedidos de una sola vez para un largo período de tiempo la convierte en una explotación ocasional con fines económicos. En este contexto, la cuestión no depende de la frecuencia con que un sujeto pasivo realiza operaciones comparables, sino de si el bien en concreto proporciona ingresos duraderos. No hay duda de que así sucede en el presente asunto. El derecho de uso de frecuencias de radio se cede por un período de veinte años y proporciona al Estado ingresos para todo ese período de tiempo.

72. El hecho de que debiese liquidarse el canon sólo en dos pagos directamente después de otorgarse los derechos, y no en pagos periódicos sucesivos, no afecta en absoluto a la continuidad temporal de la obtención de ingresos. Teóricamente, el canon sobre los derechos de uso de frecuen-

cias podía haber sido configurado de otra forma. Sin embargo, la aplicabilidad de la Sexta Directiva no puede depender del modo de pago de los cánones, sobre el que las partes pueden disponer.

73. Con absoluta independencia de todo ello, puede darse el caso de que los derechos de uso de frecuencias sean devueltos, transmitidos o retirados con antelación, de manera que ya no se cumpliesen los veinte años en la concesión única del derecho de uso.

74. Por último, la cesión temporal del derecho de uso no es comparable a la venta de títulos valores, que el Tribunal de Justicia no define como actividad económica (cuando no se produce en el marco de una administración de valores profesional) por dos razones. [26]

75. Los ingresos obtenidos con la posesión y venta de títulos valores (es decir, dividendos y ganancias ligadas a la cotización en Bolsa) no resultan, por una parte, de la explotación activa de los valores, sino que son la consecuencia directa del derecho de propiedad sobre ellos. A diferencia de esto, los ingresos perseguidos con la asignación de frecuencias no constituyen rentas derivadas únicamente del derecho de uso de las frecuencias de radio, como los dividendos o las ganancias en la Bolsa, sino ingresos derivados del ejercicio de ese derecho.

76. Por otro lado, las rentas obtenidas de la venta de títulos valores sólo se producen una vez. Tan pronto como el bien sale del patrimonio del vendedor, éste no puede utilizarlo más para obtener ingresos. En cambio, el Estado no se deshace definitivamente del derecho de uso de las frecuencias. Antes bien, este derecho le revierte a él a más tardar tras expirar el período de validez de la asignación de frecuencias y puede ser concedido otra vez.

77. Por todo ello, procede responder a la sexta cuestión:

La subasta, organizada por un organismo estatal, del derecho a usar, durante un período de tiempo establecido, determinadas partes del espectro electromagnético para prestar servicios de telefonía móvil, debe ser considerada, en las circunstancias del litigio en el procedimiento principal, como explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, y, por ello, como actividad económica en el sentido del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva.

26 — Sentencias de 20 de junio de 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Rec. p. I-3013), apartados 32 y 33, y EDM, citada en la nota 21, apartados 57 y 58. Véanse además, en relación con la titularidad y adquisición de acciones, las sentencias KapHag, citada en la nota 21, apartado 38, y de 26 de mayo de 2005, Kretztechnik (C-465/03, Rec. p. I-4357), apartados 19 y 20.

B. *Sobre las cuestiones prejudiciales primera a quinta: condiciones en las que organismos públicos actúan como sujetos pasivos*

1. Observaciones previas sobre la estructura del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva

78. Con arreglo a la norma básica del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva, los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos cuando desarrollen actividades u operaciones en el ejercicio de sus funciones públicas. En consecuencia, esta disposición excluye a la Administración pública de la obligación impositiva general, aun cuando se dedique a una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva. De este modo, se equipara el ejercicio de funciones públicas a la actuación de un consumidor privado.

79. Sin embargo, con arreglo al párrafo segundo, se considera, a diferencia del párrafo primero, que el Estado es sujeto pasivo cuando el hecho de no considerarlo sujeto pasivo lleve a distorsiones graves de la competencia. La idea en la que se basa esta disposición consiste en que determinados organismos estatales –aunque realicen sus operaciones en el ejercicio de sus funciones públicas– pueden entrar en competencia con las prestaciones de competidores privados. Por lo tanto, su objetivo es garantizar la neutralidad fiscal. [27]

80. Por último, con arreglo al párrafo tercero, los organismos públicos siempre tienen la condición de sujetos pasivos en relación con determinados sectores enumerados en el anexo D, excepto cuando el volumen de las correspondientes operaciones sea insignificante. Por lo tanto, respecto a esa lista de actividades es innecesario resolver si el Estado se dedica a ellas en el ejercicio de sus funciones públicas.

81. Los sectores mencionados en el anexo D (entre ellos también las telecomunicaciones) se refieren principalmente a operaciones económicas [28] que realiza o ha realizado el Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, frecuentemente sólo debido a su importancia para el bien general, pero que también podrían ser efectuadas por empresas privadas. [29] Actualmente, algunos de los sectores económicos mencionados han sido

27 — Sentencia de 17 de octubre de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino y otros, citada en la nota 14, apartado 22.

28 — Véanse las conclusiones del Abogado General Alber, de 29 de junio de 2000, presentadas en el asunto Fazenda Pública (sentencia de 14 de diciembre de 2000, C-446/98, Rec. p. I-11435), punto 69.

29 — El anexo D menciona en total 13 tipos de actividades: junto con las telecomunicaciones están, por ejemplo, la distribución de agua, gas, electricidad, el transporte de personas y de bienes, los servicios portuarios y aeroportuarios, la explotación de ferias y exposiciones comerciales, las actividades de las oficinas comerciales de publicidad, las operaciones de cantinas de empresas, etc.

liberalizados. Las empresas privadas se hallan aquí efectivamente en competencia con los antiguos monopolios parcialmente privatizados y parcialmente, todavía, estatales. Ya en la fecha de su adopción en 1977, la Sexta Directiva tuvo claramente en cuenta una evolución de este tipo.

82. Si la concesión de frecuencias de telefonía móvil debiese ser calificada de actividad cuyo volumen no sea insignificante en el sector de las telecomunicaciones, estaría sujeta en cualquier caso al IVA, con independencia del ejercicio de funciones públicas o de distorsiones concretas de la competencia.

83. Debido al sistema de la disposición procede examinar, a continuación de las cuestiones primera, segunda y tercera, la quinta cuestión, que se refiere a la interpretación del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva. Sólo si, con arreglo a ello, el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias tiene lugar en el ejercicio de funciones públicas, habrá que esclarecer si el organismo estatal actuante está sujeto al impuesto, con arreglo al artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, porque, de no ser así, exista la amenaza de que se produzcan distorsiones graves de la competencia.

2. Sobre la primera cuestión prejudicial: ¿incluye el concepto de telecomunicaciones del anexo D de la Sexta Directiva también la subasta de derechos de uso de frecuencias?

84. En esencia, las partes discrepan sobre si el concepto de «telecomunicaciones» del anexo D, número 1, sólo comprende la propia oferta de servicios de telecomunicaciones [30] –lo cual defienden la demandada, los Gobiernos intervinientes y la Comisión– o si también incluye otras actividades relacionadas con lo anterior, es decir, el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias, como opinan las demandantes.

85. El tenor del anexo D no permite inferir dato alguno que aclare esta cuestión litigiosa. No se puede atribuir ningún significado al hecho de que la versión alemana emplee el concepto, ya anticuado, de «Fernmeldewesen» y no el de «Telekommunikation». En otras versiones se halla en ese lugar el correspondiente concepto habitual (véanse, por ejemplo, *telecommunications* y *télécommunications).* Por lo demás, los conceptos

30 — El Gobierno del Reino Unido remite en este punto a la definición de servicios de telecomunicaciones del artículo 2, número 4, de la ya derogada Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones (DO L 192, p. 1), con arreglo a la cual «Servicios de telecomunicaciones» son «los servicios cuya prestación consista total o parcialmente en la transmisión y conducción de señales a través de una red de telecomunicaciones mediante procesos de telecomunicación, con excepción de la radiodifusión y de la televisión».

«Fernmeldewesen» y «Telekommunikation» son sinónimos en amplia medida.

— Interpretación histórica

86. Con una interpretación histórica se podría mantener que la asignación de frecuencias de telefonía móvil a empresas privadas no puede estar comprendida en el concepto de telecomunicaciones, porque en la fecha de adopción de la Directiva en el año 1977, los servicios de telecomunicaciones eran prestados de modo autónomo por las administraciones de correos estatales. Por lo tanto, originariamente el legislador comunitario no tenía, supuestamente, la intención de establecer normas relativas a la asignación de frecuencias de radio a operadores privados.

87. Ahora bien, T-Mobile Austria propone tener en cuenta, en el marco de la interpretación histórica, la evolución de las relaciones realmente existentes (interpretación evolutiva) y preguntarse lo que el legislador de entonces hubiese querido regular en vista de la situación actual. [31] Desde este punto de vista, no quedaría excluido de entrada que el legislador quisiese incluir en el concepto de telecomunicaciones también la asignación de frecuencias.

31 — T-Mobile Austria remite, a efectos de este método de interpretación, a Larenz, K., *Juristische Methodenlehre*, 6ª ed., Múnich, 1991, pp. 329 y 344.

88. Sin embargo, el método de interpretación histórico sólo tiene una importancia secundaria y no es por sí solo determinante. [32] Antes bien, las disposiciones de la Sexta Directiva deben ser interpretadas además con un enfoque sistemático y, en particular, atendiendo a su objetivo.

— Interpretación sistemática

89. Con un enfoque sistemático podría ser relevante, en primer lugar, la definición de servicios de telecomunicaciones del artículo 9, apartado 2, letra e), décimo guión, de la Sexta Directiva, [33] que dispone:

«[...] Se considerará que los servicios de telecomunicaciones son servicios relativos a la transmisión, emisión y recepción de señales, textos, imágenes y sonidos o información de cualquier naturaleza mediante hilo, radio, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, incluida la correspon-

32 — Véanse a este respecto, para más detalle, mis conclusiones de 13 de julio de 2006, presentadas en el asunto Robins y otros (C-278/05, aún no publicadas en la Recopilación), puntos 80 y 81.

33 — Dicha disposición fue introducida por la Directiva 1999/59/CE del Consejo, de 17 de junio de 1999, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo que respecta al régimen del IVA aplicable a los servicios de telecomunicaciones (DO L 162, p. 63).

diente transferencia y concesión del derecho de utilización de los medios para tal transmisión, emisión o recepción. [...]»

90. El artículo 9 regula qué lugar debe ser considerado el de prestación cuando se trate de servicios. Su apartado 2, letra e), establece a estos efectos, entre otros, también para los servicios de telecomunicaciones que en él se definen, que el lugar de prestación de los servicios transfronterizos es el de la sede o el domicilio del destinatario.

91. En la medida en que algunos Gobiernos y la Comisión consideran pertinentes las conclusiones que se derivan de esta definición, opinan que dicha definición sólo incluye servicios de telecomunicaciones en sentido estricto. El derecho de utilización «de los medios para tal transmisión, emisión o recepción», mencionados en esa disposición, se refiere, a su juicio, a la infraestructura, pero no a los derechos de uso de frecuencias.

92. Algunas demandantes deducen lo contrario de ese pasaje, que en la versión inglesa dice «including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception». El concepto *capacity* se emplea precisamente también en el sentido de *frequency spectrum capacity.*

93. En efecto, la versión inglesa parece permitir esta interpretación. Sin embargo, otras versiones lingüísticas ofrecen fundamento a la interpretación de los Gobiernos intervinientes y de la Comisión. [34] De existir posibles divergencias entre las versiones lingüísticas, adquieren especial importancia el espíritu y la finalidad de una disposición; [35] en el presente caso, también estos se oponen a incluir la asignación de frecuencias.

94. Como acertadamente destaca el Gobierno neerlandés, la norma debe garantizar la imposición fiscal, en la Comunidad, sobre los servicios de telecomunicaciones prestados desde Estados terceros a destinatarios en la Comunidad. [36] Esta apreciación sólo es acertada en el caso de los servicios de telecomunicaciones en sentido estricto. En efecto, los derechos de uso de frecuencias son otorgados, en cualquier caso, por las autoridades correspondientes en el territorio nacional. Además, en la mayoría de los casos, los adquirentes, es decir, los destinatarios de

34 — Véanse, además de la versión alemana citada, en especial, la italiana («ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a *infrastrutture* per la trasmissione, l'emissione o la ricezione»), la neerlandesa («met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst») y la francesa («y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception») (el subrayado es mío).

35 — Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Rec. p. I-1345), apartado 19; de 5 de junio de 1997, SDC (C-2/95, Rec. p. I-3017), apartado 22, y de 14 de septiembre de 2000, D. (C-384/98, Rec. p. I-6795), apartado 16.

36 — Véase el cuarto considerando de la Directiva 1999/59 (citada en la nota 33), a cuyo tenor:
«Por lo que respecta a los servicios de telecomunicaciones, es conveniente garantizar sobre todo la imposición de estos servicios en la Comunidad, consumidos por clientes establecidos en la misma.»

la prestación, también tienen que estar establecidos en el Estado de asignación de las frecuencias, dado que es muy poco probable que se pueda establecer y explotar una red de telefonía móvil UMTS sin un establecimiento o una filial en el Estado de que se trate.

95. Algunos Gobiernos y la Comisión remiten, además, a la definición de servicios de telecomunicaciones de las directivas del mercado interior pertinentes. Se ajusta plenamente a la práctica del Tribunal de Justicia tomar en consideración, para interpretar la Sexta Directiva, también definiciones contenidas en actos jurídicos que regulen el ámbito de que se trate y que no persigan objetivos diferentes de los de la normativa del IVA. [37]

96. El artículo 2, número 4, de la Directiva 90/387, [38] define los servicios de telecomunicaciones como «los servicios cuya prestación consista total o parcialmente en la transmisión y conducción de señales a través de una red de telecomunicaciones mediante procesos de telecomunicación, con excepción de la radiodifusión y de la televisión». Con arreglo a esta definición, el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias no constituye un servicio de telecomunicaciones.

97. Sin embargo, existen dudas sobre si las definiciones citadas pueden ser trasladadas de modo ilimitado al anexo D, dado que se refieren a «*servicios* de telecomunicaciones» (en inglés, *telecommunication services),* mientras que el anexo D menciona las telecomunicaciones (en inglés, *telecommunications).* Es posible que tenga que entenderse este concepto como una definición más amplia de ese ámbito de actividad, que incluya también otras actividades distintas de los servicios de telecomunicaciones en sentido estricto.

— Interpretación teleológica

98. Sin embargo, resulta decisivo el espíritu y la finalidad de la norma del artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, en relación con el anexo D de la Sexta Directiva. La lista de operaciones del anexo D se refiere, como lo expresó el Abogado General Alber, a actividades en las que el nexo económico es primario y manifiesto. [39]

99. Dado que estos servicios también son prestados o pueden serlo, *típicamente,* por empresas privadas, se ejerce, en general, una notable influencia sobre la competencia. El

37 — Véase la reciente sentencia de 4 de mayo de 2006, Abbey National (C-169/04, Rec. p. I-4027), apartados 61 y ss., así como los puntos 73 y ss. de mis conclusiones de 8 de septiembre de 2005, presentadas en dicho asunto.

38 — La Directiva 90/387 ha sido derogada, entretanto, por la Directiva 2002/21 (citada en la nota 11). La definición de servicio de comunicaciones electrónicas contenida en el artículo 2, letra c), de la nueva Directiva marco incluye las telecomunicaciones y se basa, del mismo modo que la Directiva precedente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

39 — Conclusiones presentadas en el asunto Fazenda Pública, citadas en la nota 28, punto 69.

objetivo de la norma es equiparar al Estado en esta situación a un sujeto pasivo particular. Con arreglo al párrafo segundo, otras prestaciones estatales estarán sujetas al IVA únicamente en cada caso singular en el que se den distorsiones graves de la competencia.

100. La equiparación del Estado a los sujetos pasivos particulares sólo es pertinente respecto a los servicios de telecomunicaciones en sentido estricto, dado que, actualmente, estos servicios pueden ser prestados también por empresas privadas. El primer otorgamiento de derechos de uso de frecuencias constituye en el actual estado de desarrollo,[40] en cambio, una función reservada al Estado.[41] Aun cuando sea posible que el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias se halle, en determinadas circunstancias, en competencia con la posterior venta de tales derechos por parte de particulares,[42] tratándose de esta actividad no se puede realizar una equiparación general del Estado con los sujetos pasivos particulares. Antes bien, en todo caso deberá examinarse si, para proteger la competencia, es necesario gravar la actividad estatal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva.

40 — Precisamente, la Comisión está reflexionando sobre la posibilidad de introducir un mayor enfoque de mercado en la gestión del espectro radioeléctrico [véase la Comunicación de la Comisión, de 14 de septiembre de 2005, Un enfoque de mercado para la gestión del espectro radioeléctrico en la Unión Europea, COM(2005) 400 final].

41 — Véanse, a este respecto, los puntos 102 y ss. de las presentes conclusiones.

42 — Véanse las observaciones sobre la cuarta cuestión prejudicial (puntos 125 y ss. de las presentes conclusiones).

101. Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «telecomunicaciones» del anexo D, número 1, de la Sexta Directiva no comprende, en el actual estado de desarrollo, la asignación, por parte del Estado, de derechos de uso de frecuencias para prestar servicios de telefonía móvil.

3. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera: operaciones cuyo volumen no sea insignificante en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva

102. Según el artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, de la Sexta Directiva, para que los organismos públicos estén sujetos al impuesto deben concurrir dos requisitos cumulativos: han de efectuar una de las operaciones enumeradas en el anexo D y el volumen de esta operación no debe ser insignificante.

103. Como se ha señalado al responder a la primera cuestión, el otorgamiento de derechos de uso de frecuencias por parte de la Telekom-Control-Kommission no constituye una operación en el sector de las telecomunicaciones en el sentido del anexo D, número 1, de la Sexta Directiva.

104. Por consiguiente, no es necesario examinar si el volumen de la operación es insignificante, aunque el Estado miembro haya conseguido con ella un volumen de ingresos notable, extremo al que se refiere la tercera cuestión prejudicial. Tampoco tienen relevancia alguna las eventuales consecuencias que se deriven de divergencias entre la Directiva y la normativa nacional de adaptación. Por lo tanto, ni la segunda ni la tercera cuestión precisan respuesta alguna.

4. Sobre la quinta cuestión prejudicial: ejercicio de funciones públicas en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva

105. Según el artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva, para no estar sujeto al impuesto deben concurrir dos requisitos cumulativos, a saber, la realización de actividades por parte de un organismo público y su desarrollo en el ejercicio de funciones públicas. [43]

106. En cuanto al primer requisito, el Tribunal de Justicia ha declarado que una actividad ejercida por un particular no queda exenta del IVA por el mero hecho de que consista en actos cuya ejecución entra dentro de las prerrogativas de la autoridad pública. [44] Ahora bien, con esta declaración el Tribunal de Justicia pensaba en particular en las personas que ejercen una actividad económica por cuenta propia, que no formen parte de la Administración pública. [45]

107. La Telekom-Control-Kommission forma parte de la sociedad Telekom-Control GmbH. Aunque, por su forma, se trata de una sociedad de Derecho privado, ninguna de las partes manifiesta duda alguna de que la Telekom-Control-Kommission debe ser considerada parte de la Administración pública. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si esta calificación es correcta con arreglo al Derecho nacional.

108. El segundo requisito ha sido concretado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Fazenda Pública: [46]

«Respecto de este último requisito, son las modalidades de ejercicio de las actividades controvertidas las que permiten determinar el alcance de la no imposición de los organismos públicos [...]. [47]

43 — Sentencia de 25 de julio de 1991, Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Rec. p. I-4247), apartado 18, así como sentencias Comisión/Grecia, citada en la nota 15, apartado 34, y Comisión/Reino Unido, citada en la nota 15, apartado 49.

44 — Véanse las sentencias Comisión/Países Bajos, citada en la nota 15, apartado 21; Ayuntamiento de Sevilla, citada en la nota 43, apartado 19, y Comisión/Grecia, citada en la nota 15, apartado 40.

45 — Véanse las sentencias Comisión/Países Bajos, citada en la nota 15, apartado 22, y Ayuntamiento de Sevilla, citada en la nota 43, apartado 20.

46 — Citada en la nota 28, apartados 16 y 17.

47 — A este respecto, el Tribunal de Justicia remite a las sentencias de 17 de octubre de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino y otros, citada en la nota 14, apartado 15, y de 15 de mayo de 1990, Comune di Carpaneto Piacentino y otros (C-4/89, Rec. I-1869), apartado 10.

Así, resulta de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que las actividades que desarrollan en el ejercicio de sus funciones públicas en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva son las que realizan los organismos de Derecho público en el ámbito del régimen jurídico que les es propio, a excepción de las actividades que desarrollen en las mismas condiciones jurídicas que los operadores económicos privados [...].» [48]

109. Además el Tribunal de Justicia ha declarado que en el marco de este examen no cabe basarse en el objeto o en el fin de la actividad. [49]

110. Las demandantes opinan que, en la subasta de los derechos de uso de frecuencias, el Estado se comportó como un operador privado. El Estado recurrió a una forma de actuación del Derecho privado e ingresó altas sumas como contraprestación por la asignación de frecuencias.

111. Los Estados miembros intervinientes y la Comisión destacan, en cambio, que, con arreglo a las disposiciones comunitarias y nacionales pertinentes, el otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias está reservado únicamente al Estado, el cual está sujeto a obligaciones especiales en este contexto.

112. A este respecto, procede señalar que, con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 97/13, sólo una autoridad nacional de reglamentación puede conceder licencias individuales para explotar redes de telecomunicaciones. En este contexto, la autoridad debe cumplir lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Directiva. Si un Estado miembro concede solamente un número limitado de licencias individuales, deberá hacerlo con arreglo a criterios de selección no discriminatorios, objetivos, transparentes, proporcionados y detallados (artículo 10, apartado 3, de la Directiva 97/13). A los gravámenes recaudados en este contexto se aplica lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13.

113. Aun cuando la apreciación definitiva de la situación jurídica nacional esté reservada al órgano jurisdiccional remitente, no cabe duda alguna de que la primera asignación de frecuencias con arreglo a la TKG corresponde exclusivamente a la Telekom-Control-Kommission. Las obligaciones que le impone a esos efectos el Derecho nacional se basan en lo dispuesto en la Directiva 97/13.

114. Ningún particular puede otorgar directamente derechos similares. A lo sumo, los particulares pueden transmitirse entre ellos las frecuencias asignadas estatalmente. Pero

48 — A este respecto el Tribunal de Justicia remite a las sentencias Comisión/Reino Unido, apartado 50, y Comisión/Grecia, apartado 35, ambas citadas en la nota 15, así como otras sentencias en procedimientos paralelos.

49 — Sentencia de 17 de octubre de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino y otros, citada en la nota 14, apartado 13, y sentencia Fazenda Pública, citada la nota 28, apartado 19.

la transmisión no es comparable a la primera asignación, ya que se basa solamente en un derecho de disfrute derivado, mientras que la primera asignación constituye una función estatal originaria. Tampoco el intercambio de billetes de banco entre particulares se equipararía a la facultad estatal de emitirlos. Esto permite llegar a la conclusión de que la subasta de los derechos de uso de frecuencias constituía una actividad que incumbía a un organismo estatal en el ejercicio de funciones públicas.

115. No se puede oponer a lo anterior que, al asignar las frecuencias, el Estado recurriese al instrumento de la subasta, un procedimiento con origen en el Derecho civil y del cual pueden servirse, en consecuencia, también los particulares.

116. A este respecto, es innecesario examinar qué importancia tenía la subasta en el marco del procedimiento global de otorgamiento. Algunas demandantes defienden además la tesis de que con la subasta se concluyó un contrato de Derecho civil relativo al otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias. Otras exponen, en cambio, que el propio otorgamiento sólo se produjo con el acto administrativo posterior. Según esto, la subasta sólo sirvió para seleccionar a la empresa, a la que después se transmitieron de forma administrativa los derechos.

117. Es cierto que el Tribunal de Justicia considera decisivas las modalidades de actuación. Sin embargo, sería muy reduccionista entenderlas sólo por el «cómo», es decir, la forma de actuación. Antes bien, en principio depende de si un particular puede dedicarse a una actividad análoga en virtud de las disposiciones pertinentes. De ser así, habría que dar al Estado la condición de sujeto pasivo para no arriesgar la neutralidad en la recaudación del IVA. En cambio, no afecta a la neutralidad del impuesto el hecho de que el Estado haga uso de procedimientos del Derecho civil en el ejercicio de facultades que le han sido conferidas de modo exclusivo.

118. La tesis de las demandantes conduciría a considerar que sólo se ejercen funciones públicas cuando el Estado adopta actos administrativos, es decir, cuando actúa con poderes públicos en sentido estricto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente esta interpretación en las sentencias denominadas «peajes de autopistas». [50]

119. En la sentencia Fazenda Pública, [51] el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión, a partir del hecho de que la gestión de aparcamientos públicos de vehículos estaba ligada al ejercicio de funciones públicas, de

50 — Sentencias Comisión/Reino Unido, citada en la nota 15, apartado 51, y Comisión/Grecia, citada en la nota 15, apartado 36.

51 — Sentencia citada en la nota 46, apartado 22.

que la actividad estaba sujeta a un régimen jurídico propio de los organismos públicos. La actuación administrativa, en la que el Estado y los ciudadanos se hallan en una relación de superior a inferior, representa, desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, un indicio del ejercicio de funciones públicas en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva, pero no constituye un requisito imperativo para ello. [52]

120. Por otra parte, basarse en el marco jurídico de la forma de actuación podría perjudicar la aplicación uniforme de la Sexta Directiva, dado que en un Estado miembro podría ser más habitual que en otro el hecho de que el Estado recurra a formas de actuación del Derecho privado. Asimismo, la frontera entre las formas de actuación del Derecho público y las del Derecho privado puede ser diferente en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

121. Además, procede señalar que el artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva sólo exige que las operaciones se desarrollen *en el ejercicio de sus funciones públicas*. Por lo tanto, la subasta de derechos de uso de frecuencias no puede ser examinada de modo aislado. [53] Antes bien, esta actividad se inscribe en el marco general de la gestión de frecuencias y de la regulación del sector de las telecomunicaciones. En este contexto, el Estado ejerce principalmente funciones públicas, por ejemplo, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de la Decisión UMTS o a las directivas de mercado interior.

122. Por lo demás, no resulta contradicción alguna del hecho de tomar en consideración, en el presente examen, el contexto jurídico de la actividad, en sentido amplio, mientras que, para calificar de económica la actividad, sólo debe ser pertinente el procedimiento externo. Antes bien, se ajusta a la pura lógica del artículo 4 de la Sexta Directiva, garantizar, en una primera etapa, la aplicación extensa de la Directiva mediante una interpretación amplia de los apartados 1 y 2, pero, a continuación, tener en cuenta los especiales requisitos jurídicos que enmarcan la actuación estatal cuando ha de aplicarse el apartado 5.

123. Por último, no impide calificar la subasta de frecuencias como actividad en el ejercicio de funciones públicas el hecho de que el Estado haya perseguido obtener con ella altos ingresos. Esto puede conducir precisamente, como ya se ha expuesto, a atribuir a la actuación estatal un carácter económico en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva. No obstante, seguimos estando en presencia de un ejercicio de funciones públicas cuando el Estado actúa en virtud de un régimen jurídico propio que únicamente se le aplica a él.

52 — Véase la sentencia de 15 de mayo de 1990, Comune di Carpaneto Piacentino, citada en la nota 47, apartado 11.

53 — En la sentencia Fazenda Pública, citada en la nota 28, apartado 22, el Tribunal de Justicia tampoco examinó de modo aislado el arrendamiento de plazas de estacionamiento de vehículos, sino, en general, la gestión de los espacios públicos de aparcamiento.

124. Por las razones anteriores, se ha de responder a la quinta cuestión prejudicial:

«a considerar sujetos pasivos del IVA a los organismos de Derecho público en cuanto a las actividades que desarrollan en el ejercicio de sus funciones públicas cuando estas actividades pueden ser ejercidas igualmente, en competencia con ellos, por particulares, si el hecho de no considerarlos sujetos pasivos pudiera dar lugar a distorsiones graves de la competencia [...]» [54]

Deben ser consideradas actividades en el ejercicio de funciones públicas, en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva, aquellas actividades ejercidas por organismos públicos en el marco de un régimen jurídico propio de Derecho público. No cabe excluir el ejercicio de funciones públicas por el hecho de que el Estado, al cumplir funciones que le son atribuidas de modo exclusivo, utilice un procedimiento originario del Derecho privado o persiga obtener altos ingresos con su actividad.

127. El otorgamiento de los derechos de uso de frecuencias se reserva en exclusiva al Estado, de modo que queda excluida la competencia entre prestaciones idénticas del Estado y de otros operadores en el momento de la subasta de las frecuencias. Sin embargo, las demandantes arguyen que la concesión de frecuencias por parte del Estado, exenta del IVA, podría entrar en competencia con una venta posterior, eventual y futura, de los derechos de uso de frecuencias por parte de operadores privados.

5. Sobre la cuarta cuestión prejudicial: ¿no considerarlo sujeto pasivo lleva a distorsiones graves de la competencia?

125. Con arreglo al artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, los organismos de Derecho público deberán ser considerados como sujetos pasivos también en cuanto a las actividades que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas cuando el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones graves de la competencia.

128. A este respecto, se ha de señalar, en primer lugar, que la condición de sujeto pasivo o no debe ser apreciada, fundamentalmente, en el momento de la operación. [55] Por lo tanto, la influencia sobre la competencia tiene que darse también en ese momento.

126. Con arreglo a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comune di Carpaneto Piacentino y otros, los Estados miembros están obligados:

54 — Sentencia de 17 de octubre de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino y otros, citada en la nota 14, apartado 24. Véase también la sentencia de 8 de junio de 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Rec. p. I-4999), apartado 25.

55 — Sentencia de 2 de junio de 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Rec. p. I-4685), apartado 32.

129. Lo anterior presupone que en el momento de la asignación de las frecuencias ya existía un mercado para los derechos de uso correspondientes, es decir, primero, tienen que existir ya derechos de uso comparables y, segundo, estos derechos deben poder transmitirse entre particulares. Sólo en estas condiciones, la asignación de frecuencias por parte del Estado puede encontrarse en competencia con la transmisión de derechos de uso de frecuencias por parte de particulares.

130. Es cierto que el Tribunal de Justicia declaró debidamente, en la sentencia Taksatorringen,[56] que el artículo 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva se refiere también a las distorsiones de la competencia que la exención puede provocar en el futuro. Es necesario, sin embargo, que el riesgo de distorsiones en la competencia sea real.[57]

131. Aun cuando actualmente ningún competidor ofrezca prestaciones alternativas sujetas al IVA, el riesgo de distorsionar la competencia puede ser real. En efecto, la sola situación de partida desventajosa puede retener a los competidores potenciales de entrar en el mercado. En cambio, queda excluido ese riesgo real cuando, en virtud del marco legal, ningún competidor potencial puede hacer una oferta alternativa a las frecuencias concedidas por el Estado.

56 — Sentencia de 20 de noviembre de 2003 (C-8/01, Rec. p. I-13711).

57 — Sentencia Taksatorringen, citada en la nota 56, apartado 63.

132. En relación con las frecuencias para telefonía móvil UMTS, se ha de señalar que en el momento de la subasta, en el año 2000, no se disponía en el mercado de derechos de uso de frecuencias comparables. No está claro que lo mismo sucediese con los derechos de uso para GSM-DCS-1800, que se otorgaron a tele.ring en 1999, y con las frecuencias para el sistema TETRA, que obtuvo master-talk en febrero de 2000.

133. Si, según la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, ya se dispusiese de derechos de uso de frecuencias comparables en el período pertinente, tendría que esclarecerse, en segundo lugar, si éstos ya podían ser transmitidos entre particulares con arreglo al Derecho nacional entonces vigente. Además, la transmisión entre particulares tiene que estar, a su vez, sujeta al IVA.

134. Es pacífico entre las partes que a partir de 2003, con la reforma de la TKG, era posible el comercio de frecuencias en sentido estricto, sobre el cual también contiene normas el artículo 9, apartado 4, de la Directiva 2000/21. Sin embargo, la posibilidad existente desde entonces de transmitir los derechos de uso de frecuencias carece de relevancia para la situación de competencia en el momento de asignación de las frecuencias. Ahora bien, si el Estado vuelve a asignar

frecuencias ahora, habrá que tener en cuenta esa circunstancia. [58]

135. Sin embargo, las partes divergen sobre si la posibilidad, que ya antes existía, de transmitir una concesión junto con los derechos de uso de frecuencias ligados a ella constituye una operación en directa competencia con la asignación estatal de frecuencias. [59] Si así sucede o no en este caso es una cuestión que depende de la interpretación de las disposiciones nacionales, la cual está reservada al órgano jurisdiccional remitente.

136. Aun cuando, en relación con las frecuencias TETRA y GSM ya hubiese una competencia potencial entre la asignación estatal y la venta entre particulares, la operación estatal sólo tendría que estar gravada cuando lo contrario llevase, según la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, a distorsiones *graves* de la competencia en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva.

137. Así sería, por ejemplo, si el Estado prestase a los *consumidores finales* el mismo servicio que las empresas privadas, de manera que los clientes tuviesen que pagar el precio, en un caso, sin sumarle el IVA y, en el otro, sumándoselo. [60] Dado que los consumidores finales no tienen derecho a deducir la cuota soportada, el servicio prestado por el operador privado se vería encarecido en la suma íntegra del IVA.

138. En cambio, si un *sujeto pasivo* adquiere derechos de uso de frecuencias de un particular, esto sería menos atractivo que la adquisición del Estado sólo en casos singulares de especial configuración y sólo en escasa medida, dado que el IVA puede ser deducido inmediatamente como cuota soportada o ser devuelto en un corto plazo. Los costes ligados a la prefinanciación pueden suponer grandes sumas en términos absolutos. Sin embargo, los gastos totales de adquisición de derechos de uso de frecuencias no alcanzan, en general, tal amplitud que puedan provocar distorsiones graves de la competencia.

58 — Con arreglo a la Decisión del ECC de la CEPT (02) 06, para las primeras frecuencias de servicios 3 G ya autorizadas es obligatorio dejar disponible a partir del 1 de enero de 2008, la banda de frecuencias entre 2500 MHz y 2690 MHz para las IMT-2000/telecomunicaciones móviles UMTS.

59 — T-Mobile Austria observa, precisamente, que la transmisión de la concesión se produce con la transmisión de toda la empresa. Depende de la interpretación del artículo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva que en este caso concurra una operación sujeta al IVA.

60 — Resulta improbable la hipótesis formulada por las demandantes de que adquiera la frecuencia un sujeto exento (por ejemplo, un organismo estatal) que no pueda deducir el impuesto soportado. Si un organismo estatal explotase la frecuencia con arreglo a su finalidad, para prestar servicios de telecomunicaciones de pago, estaría sujeto al impuesto en virtud del artículo 4, apartado 5, párrafo tercero, en relación con el anexo D de la Sexta Directiva. También es hipotética la idea de que pudiese excluirse la deducción del impuesto soportado si se utilizasen las licencias para actividades no sujetas al impuesto.

139. Pese a que el comercio con frecuencias UMTS no fue posible hasta después de haber sido asignadas éstas y haberse establecido las condiciones marco para su transmisión, las demandantes opinan que también en este caso se podían producir distorsiones graves de la competencia como consecuencia del otorgamiento exento del IVA por parte del Estado.

140. Sin embargo, por un lado, como ya se ha señalado, debe existir una relación potencial de competencia en el momento preciso de la operación controvertida. No basta con que exista la posibilidad de que más tarde se creen las condiciones legales para ello, porque la obligación tributaria no puede depender de pronósticos más o menos inciertos. Por otro lado, la desventaja de aquellos que adquiriesen posteriormente los derechos de uso de frecuencias UMTS de un operador privado sólo consistiría, asimismo, en algunos costes económicos derivados de la imposibilidad de deducir inmediatamente el impuesto soportado, lo cual no da lugar a distorsiones graves de la competencia.

141. Por lo demás, cuanto más tiempo transcurre entre la asignación estatal de las frecuencias y la introducción del comercio de frecuencias, más cambia también, a menudo, el contexto global del mercado. Otros factores, como, por ejemplo, la nueva evaluación del valor económico del uso de frecuencias en vista de la llegada de técnicas que compitan con la telefonía móvil UMTS, adquieren una importancia totalmente distinta de la eventual desventaja de liquidez a raíz del desembolso transitorio del impuesto soportado. También esta idea muestra que sólo se puede afirmar la existencia de distorsiones graves de la competencia en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, en principio, cuando los servicios están disponibles en idéntico momento y el adquirente potencial puede escoger efectivamente entre dos ofertas comparables.

142. En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión:

Sólo se producen distorsiones graves de la competencia en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, cuando al considerar que el Estado no tiene la condición de sujeto pasivo del impuesto se perjudica notablemente la situación competitiva de los servicios en competencia ofrecidos por operadores existentes o potenciales. Tal riesgo no se presenta, en principio, cuando, en virtud del marco legal existente en el momento en que el Estado presta los servicios, queda excluido que operadores privados lleven al mercado servicios que compitan con los del Estado.

C. Sobre la séptima cuestión prejudicial: ¿debe entenderse el canon de uso de frecuencias como importe bruto o neto?

143. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el canon de uso de frecuencias debe ser

entendido, con arreglo a la Sexta Directiva, como importe bruto o neto, a saber, si el canon acordado ya incluye el IVA o si aún hay que añadírselo.

144. Dado que ya se ha expuesto que la asignación de frecuencias no constituye una operación sujeta al IVA, no es necesario responder a la séptima cuestión prejudicial.

145. Con total independencia de lo anterior, la Sexta Directiva no contiene ninguna regla sobre esta cuestión. Antes bien, que una contraprestación incluya o no el IVA depende de los acuerdos concretos a los que hayan llegado las partes. De no quedar manifiesto, habrá que examinar su contenido con arreglo a las reglas de interpretación del Derecho nacional, función que incumbe únicamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

V. Conclusión

146. En suma, propongo responder a las cuestiones del Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien del siguiente modo:

«1) La subasta, organizada por un organismo estatal, del derecho a usar, durante un período de tiempo establecido, determinadas partes del espectro electromagnético para prestar servicios de telefonía móvil, debe ser considerada, en las circunstancias del litigio en el procedimiento principal, como explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, y, por ello, como actividad económica en el sentido del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme.

2) El concepto de «telecomunicaciones» del anexo D, número 1, de la Sexta Directiva no comprende, en el actual estado de desarrollo, la asignación, por parte del Estado, de derechos de uso de frecuencias para prestar servicios de telefonía móvil.

3) Deben ser consideradas actividades en el ejercicio de funciones públicas, en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva, aquellas actividades ejercidas por organismos públicos en el marco de un régimen jurídico propio de Derecho público. No cabe excluir el ejercicio de funciones públicas por el hecho de que el Estado, al cumplir funciones que le son atribuidas de modo exclusivo, utilice un procedimiento originario del Derecho privado o persiga obtener altos ingresos con su actividad.

4) Sólo se producen distorsiones graves de la competencia en el sentido del artículo 4, apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, cuando al considerar que el Estado no tiene la condición de sujeto pasivo del impuesto se perjudica notablemente la situación competitiva de los servicios en competencia ofrecidos por operadores existentes o potenciales. Tal riesgo no se presenta, en principio, cuando, en virtud del marco legal existente en el momento en que el Estado presta los servicios, queda excluido que operadores privados lleven al mercado servicios que compitan con los del Estado.»