CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO Ruiz-Jarabo Colomer

presentadas el 16 de marzo de 2006 [1]

I. Introducción

1. El Bundesverwaltungsgericht (tribunal supremo federal contencioso-administrativo) de Alemania solicita la interpretación del artículo 10 CE y del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13/CE 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. [2]

2. Necesita la exégesis prejudicial para resolver dos litigios en los que se discute si procede revisar sendas liquidaciones del canon por la concesión de permisos en el mencionado sector de las telecomunicaciones, que devinieron firmes por no haberse impugnado en tiempo.

3. Ambos reenvíos incluyen un par de preguntas idénticas. La primera profundiza en la jurisprudencia sobre la Directiva 97/13, singularmente las sentencias Connect Austria, [3] Albacom e Infostrada [4] e ISIS Multimedia y Firma 02, [5] asuntos estos dos últimos en los que redacté las conclusiones. [6] La segunda cuestión reviste una notable importancia, pues brinda al Tribunal de Justicia la ocasión de encontrar el punto de equilibrio entre la primacía del derecho comunitario y la seguridad jurídica, [7] dando un golpe de timón para abandonar la estela de la sentencia Kühne & Heitz, [8] cuya doctrina conduce a una vía muerta.

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 117, p. 15. Esta norma ha sido sustituida por la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO L 108, p. 21).

3 — Sentencia de 22 de mayo de 2003, asunto C-462/99, Rec. p. I-5197.

4 — Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asuntos acumulados C-292/01 y C-293/01, Rec. p. I-9449.

5 — Sentencia de 20 de octubre de 2005, asuntos acumulados C-327/03 y C-328/03, aún no publicada en la Recopilación.

6 — Conclusiones de 12 de diciembre de 2002 y de 9 de diciembre de 2004, respectivamente.

7 — Galetta, D.U, «Autotutela decisoria e diritto comunitario», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, pp. 35 a 59, sostiene que la eventual reconsideración de un acto administrativo inatacable depende de una cuidadosa ponderación de valores. En un lado de la balanza se sitúa la prevalencia del derecho comunitario, sustentada por los principios de legalidad, de equivalencia, de eficacia y de cooperación leal. En el otro platillo se encuentra la seguridad jurídica (p. 50).

8 — Sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, Rec. p. I-837.

4. El Tribunal de Justicia dispone de una nueva oportunidad para cambiar de rumbo, pues, en fechas próximas, ha de pronunciarse sobre la extensión de la referida doctrina a las resoluciones jurisdiccionales con fuerza de cosa juzgada. [9]

II. El marco normativo

A. *El derecho comunitario*

1. El «principio de lealtad»

5. En virtud del artículo 10 CE, «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad», facilitando «a esta última el cumplimiento de su misión». También «se abstendrán de todas aquellas medidas que pongan en peligro la realización de los fines» comunitarios.

2. La Directiva 97/13

6. Esta norma se enmarca en el esfuerzo de la Comunidad por liberalizar el mercado de las comunicaciones electrónicas, del que he dado cuenta recientemente en las conclusiones Nuova società di telecomunicazioni, leídas el 27 de octubre de 2005. [10]

7. El libre suministro de las telecomunicaciones y la apertura de la explotación de sus redes presiden la regulación, que pretende una distribución y una utilización sin trabas o con arreglo a «autorizaciones generales», [11] reduciendo las «licencias individuales» [12] a la condición de excepción o de complemento de los permisos universales (considerandos séptimo y decimotercero; artículos 3, apartado 3, y 7). Ambas figuras pertenecen al género «autorización». [13]

9 — Asunto C-234/04, Kapferer, con conclusiones del abogado general Sr. Tizzano, de 10 de noviembre del pasado año, en el que la sentencia se ha pronunciado el día de hoy. Un problema parecido se suscita en el caso ED & F Man Sugar, C-274/04, donde se dilucida si, en materia de restituciones a la exportación, al impugnarse una sanción, cabe comprobar que realmente el exportador reclamó un importe superior al debido, pese a que la orden de recuperación haya adquirido firmeza; el abogado general Sr. Léger, en las conclusiones de 29 de septiembre de 2005, sugiere una respuesta afirmativa.

10 — Asunto C-339/04, en el que aún no se ha dictado sentencia. Pueden consultarse, en particular, los puntos 3 a 6.

11 — A tenor del artículo 2, apartado 1, letra a), primer guión, de la Directiva, autorización general es «toda [la que], con independencia de que se rija por una "licencia por categoría" o por disposiciones legales de carácter general y de que imponga la obligación de registro [...], no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización».

12 — Se entiende por licencia individual la «concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que le imponga obligaciones específicas que complementen, si procede, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación» [segundo guión del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva].

13 — La Directiva describe esta última noción como «todo permiso en el que se definan derechos y obligaciones específicos del sector de las telecomunicaciones y que facilite a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones», así como «establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios [...]» [artículo 2, apartado 1, letra a), párrafo inicial].

8. Esta solución armonizada se cimienta en los principios de proporcionalidad, de transparencia y de no discriminación, con el afán de alumbrar un panorama compatible con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (considerandos primero, segundo, cuarto y undécimo; artículo 3, apartado 2).

9. En esa perspectiva, la Directiva no restringe la cantidad de títulos singulares que los Estados miembros están facultados a otorgar, salvo que sea fundamental para asegurar el uso eficaz de las radiofrecuencias y la existencia de números suficientes. De entrada, pues, toda organización que satisfaga los requisitos introducidos con publicidad por los ordenamientos nacionales tiene derecho a un visado de esta clase (artículos 10, apartado 1, y 9, apartado 3).

10. Los artículos 6 y 11 de la Directiva 97/13, de naturaleza tributaria, se inscriben en la idea de favorecer la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de no fijar a los operadores más limitaciones ni más cargas que las imprescindibles, [14] respetando, por consiguiente, los referidos criterios de proporcionalidad, neutralidad, no discriminación y transparencia (duodécimo considerando).

14 — Las condiciones a las que han de someterse las autorizaciones se relacionan en el anexo de la Directiva.

11. El primer precepto mencionado lleva por epígrafe «Cánones y gravámenes para los procedimientos de las autorizaciones generales»; el segundo, «Cánones y gravámenes para las licencias individuales».

12. Según el artículo 6, «sin perjuicio de la contribución financiera a la prestación del servicio universal de conformidad con lo dispuesto en el anexo, los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasionen la expedición, el control de la gestión y la ejecución del régimen de autorización general aplicable. Dichos cánones se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a éstos.»

13. Por su parte, el artículo 11 prescribe:

«1. Los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasionen la expedición, la gestión, el control y la ejecución del régimen de licencias individuales aplicable. Los cánones por una licencia individual deberán ser proporcionados al trabajo que supongan y se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a los mismos.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando se trate de recursos escasos, los Estados miembros pueden 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.»

14. A tenor del artículo 25, los Estados miembros se adaptarían a la Directiva antes del 1 de enero de 1998.

B. *El ordenamiento jurídico alemán*

1. Sobre las tasas en el sector de las telecomunicaciones

15. La Telekommunikationsgesetz (ley sobre las telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TKG»), de 25 de julio de 1996, [15] traspone en Alemania la Directiva 97/13. Según el artículo 16, apartado 1, las licencias individuales se atribuían mediando el pago de un arbitrio, cuya ordenación remitió a un ulterior reglamento.

16. Con esa cobertura legislativa, el Bundesministerium für Post und Telekommunikation (ministerio federal de correos y telecomunicaciones) adoptó el 28 de julio de 1997 el Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (reglamento relativo a las tasas sobre las licencias de telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TKLGebV 1997»), [16] que, con eficacia retroactiva, entró en vigor el 1 de agosto de 1996.

17. En virtud de esta norma, la exacción comprendía, además de los gastos administrativos originados por la concesión del visado, los vinculados a la gestión de los derechos y al control de las consiguientes obligaciones (artículo 1, apartado 1).

18. Las licencias de la clase 3 [17] se abonaban en función del territorio que cubrían y, por ende, del número de potenciales usuarios de los servicios ofertados, oscilando el débito entre 2.000 DEM (1.022,58 euros) y 10.600.000 DEM (5.419.693,94 euros). [18]

15 — BGBl 1996, I, p. 1120.

16 — BGBl 1997, I, p. 1936.

17 — Integran esta categoría las que habilitan para suministrar servicios públicos de telecomunicaciones por el titular o por otra persona en un espacio dado (punto A.3 del anexo al artículo 1, apartado 1, del TKLGebV 1997).

18 — La cuota se lograba mediante una fracción, cuyo numerador se formaba por el producto de los habitantes del ámbito cubierto por el permiso (E_G) y del montante máximo señalado en el punto A.3 del anexo del TKLGebV 1997 para las licencias de la clase 3 (G_D), situándose en el denominador la población total alemana (E_D). De acuerdo con esta operación, a una licencia de la expresada clase para todo el territorio nacional le correspondían 10.600.000 DEM, decreciendo el importe a medida que disminuía el número de los eventuales clientes (artículo 3, apartado 4, en relación con el anexo al artículo 1, apartado 1, del TKLGebV 1997).

19. El Bundesverwaltungsgericht relata en los autos de reenvío que los anteriores cálculos se basaron en un pronóstico de los gastos de gestión generales de la autoridad nacional de reglamentación de correos y de telecomunicaciones (en lo sucesivo, «autoridad de reglamentación») durante tres décadas. [19]

20. En la sentencia de 19 de septiembre de 2001, el Bundesverwaltungsgericht declaró que las contribuciones por la concesión de licencias de la clase 3, computadas atendiendo al TKLGebV 1997, no quedaban cubiertas por el artículo 16, apartado 1, de la TKG, pues comprendían tareas ajenas a la autorización, vulnerando además la igualdad proclamada en el artículo 3, apartado 1, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. [20]

21. Una vez dictada esta sentencia, el TKLGebV 1997 dejó de aplicarse, siendo reemplazado por el Telekomunikations-Lizensgebührenverordnung de 9 de de septiembre de 2002 (en lo sucesivo, «TKLGebV 2002»), [21] que prevé para las referidas licencias de la clase 3 una tasa de 4.260 euros, pudiendo reducirse a un mínimo de 1.000 euros (artículo 2, apartado 3).

22. El Gobierno alemán informa [22] de que las liquidaciones impugnables al tiempo de dictarse la sentencia de 19 de septiembre de 2001 se anularon de oficio y de que ciertas empresas acordaron con la autoridad de reglamentación la renuncia a toda acción, reembolsándose los derechos abonados. [23]

23. Así pues, el TKLGebV 2002 produce efectos retroactivos en relación con los cánones que no alcanzaron firmeza. Su artículo 4 expresa esta idea, resaltando que, si la liquidación podía aún discutirse en la fecha de la publicación de la nueva normativa, esta última rige para los titulares de licencias a partir del 1 de agosto de 1996.

2. Sobre la reconsideración de los actos administrativos

24. Bajo esta genérica rúbrica se agrupan tres instituciones distintas, aunque emparentadas, sistematizadas en la Verwaltungsver-

19 — Con mayor precisión, en la sentencia de 19 de septiembre de 2001 (asunto 6 C 13.00, BVerwGE volumen 115, p. 125), a la que a continuación aludiré, el Bundesverwaltungsgericht indicó que la cantidad se dedujo de los costes personales y materiales de 52,1 puestos de trabajo a lo largo de 30 años.

20 — La apreciación de ilegalidad se extendió también a los gravámenes correspondientes a las licencias de la clase 4, que facultan para suministrar servicios de telefonía con redes de telecomunicaciones, gestionadas por el beneficiario dentro de una concreta demarcación (punto A.4 del anexo al artículo 1, apartado 1, del TKLGebV 1997).

21 — BGBl 2002, I, p. 3542.

22 — Puntos 13 y siguientes de su escrito de intervención.

23 — Nota 26 y punto 101 de estas conclusiones.

fahrensgesetz (ley de procedimiento administrativo; en lo sucesivo, «VwVfG»), de 25 de mayo de 1976. [24] La primera, la «reapertura del procedimiento» (Wiederaufgreifen des Verfahrens), abordada en el artículo 51, que, a instancia del interesado, tiene por objeto la anulación o la modificación de un acto por causas sobrevenidas; constituye una revisión *stricto sensu.*

25. Las otras dos instituciones se diferencian por el carácter legal o ilegal de la resolución analizada. La segunda, recogida en el artículo 49, se refiere a la «revocación» (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes), mientras que la tercera, encuadrada en el artículo 48, contempla la «retirada» (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes), admitiendo que «un acto administrativo irregular, incluso si ha devenido firme, [25] se retire, en todo o en parte, para el futuro o a título retroactivo».

26. Según se refleja en los autos de remisión, la jurisprudencia alemana construye la potestad del artículo 48 como una facultad, cuyo contenido discrecional se minimiza en algunas circunstancias hasta desaparecer. Así, reconoce un derecho a la «retirada» de un pronunciamiento administrativo, si su mantenimiento resulta «simplemente insoportable», tesitura que surge cuando viola el principio general de igualdad, se opone al orden público o a la buena fe, adolece de una ilegalidad manifiesta o lo demanda la específica situación jurídica del destinatario.

III. Los hechos y las cuestiones prejudiciales

27. ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG e i-21 Germany GmbH (en lo sucesivo, «ISIS» e «i-21») poseen en Alemania sendas licencias de telecomunicaciones de la clase 3, por las que se les giraron unas tasas de 131.660 DEM (67.316,69 euros) y 10.600.000 DEM (5.419.693,94 euros), respectivamente, con fundamento en el artículo 16, apartado 1, de la TKG y en el TKLGebV 1997.

28. Cada compañía se conformó con la correspondiente exacción y la abonó, haciéndose irrecurribles.

29. No obstante, otras sociedades titulares de permisos de telecomunicaciones combatieron las liquidaciones que se les habían remitido y consiguieron en el Bundesverwaltungsgericht la sentencia de 19 de septiem-

24 — BGBl 1976, I, p. 1253. Versión de 21 de septiembre de 1998 (BGBl 1998, I, p. 3050).

25 — La legislación alemana emplea el vocablo «unanfechtbar», traducible al español como «inimpugnable» o «inatacable». Prefiero utilizar el calificativo «firme», alusivo en el derecho administrativo continental a las decisiones que, por cualquier causa (agotamiento de los recursos pertinentes o transcurso de los plazos para interponerlos), no se controlan por vía ordinaria, en vez de la expresión «definitiva», que califica a las que representan la última palabra de la Administración, aunque cabe acudir a la vía jurisdiccional.

bre de 2001,[26] de la que ya he dejado constancia, que las anuló por ampararse en una disposición reglamentaria –el TKLGebV 1997– contraria a normas de rango superior, ordenando el reembolso a las demandantes de las cantidades que habían ingresado en las arcas públicas.

30. Una vez notificada la anterior resolución, ISIS e i-21 se dirigieron a la autoridad de reglamentación para recuperar el importe abonado. Al denegarse sus solicitudes, ejercitaron sendas acciones jurisdiccionales ante el Verwaltungsgericht, tribunal contencioso-administrativo de primera instancia, que rechazó sus demandas, argumentando que no procedía el reintegro, porque los actos de liquidación eran firmes, y que no cabía un nuevo examen con arreglo al artículo 51, apartado 1, ni al 48, apartado 1, de la VwVfG.

31. Seguidamente se alzaron, *per saltum,* en casación ante el Bundesverwaltungsgericht. Este órgano jurisdiccional apreció que, conforme al derecho alemán, las pretensiones no prosperarían, pero dudó de la influencia al respecto del derecho comunitario, por lo que ha suspendido los procedimientos, planteando, en ambos casos, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«¿Debe entenderse que el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13/CE [...] se opone a un canon calculado sobre la base de una previsión de los gastos administrativos generales de una autoridad nacional de reglamentación durante un periodo de 30 años?»

Si la respuesta fuera afirmativa,

«¿Debe entenderse que los artículos 10 CE y 11 de la Directiva sobre la concesión de licencias exigen la anulación de un acto de liquidación en el que se impone un canon de los señalados en la primera cuestión, cuando no haya sido recurrido, pudiendo haberlo hecho, en el supuesto de que el derecho nacional permita dicha anulación, pero no la ordene?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

32. El presidente del Tribunal de Justicia, en auto de 6 de diciembre de 2004, acumuló los dos asuntos, dada la conexión objetiva existente.

26 — En realidad, ese día se dictaron nueve sentencias de contenido idéntico. Fueron treinta y siete compañías las que accionaron jurisdiccionalmente, de las que nueve (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GmBH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GmBH, ECN Telekommunikation GmBH, Berli-Komm Telekommunikationsgesellschaft GmBH, Telegate Aktiengesellschaft für telefonische Informationsdienste y First Telecom GmBH) obtuvieron pronunciamientos favorables. Las otras veintiocho convinieron con la Administración la devolución de la tasa.

33. Han presentado observaciones, dentro del plazo marcado por el artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, la Comisión, los Gobiernos alemán y neerlandés, así como las dos empresas demandantes en los procesos principales.

34. En la vista, que se celebró el 1 de febrero de 2006, han comparecido los representantes de quienes participaron en la fase escrita, para formular oralmente sus alegaciones.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Planteamiento*

35. El Bundesverwaltungsgericht corrobora que, según el derecho alemán, las tasas por la concesión de licencias individuales de las clases 3 y 4 en el sector de las telecomunicaciones son anulables, porque el TKLGebV 1997, que les daba cobertura, adolecía de ilegalidad. Así lo declaró en la sentencia de 19 de septiembre de 2001.

36. Con igual convicción cree que el ordenamiento jurídico nacional no ofrece margen para reconsiderar las liquidaciones firmes, sin que, por consiguiente, sus destinatarios obtengan la devolución de las cantidades incorrectamente ingresadas.

37. Pero quiere saber si el derecho comunitario ratifica la misma solución o si, por el contrario, exige que se revoquen, con todas sus consecuencias, las exacciones irregulares, aun cuando ya no sean recurribles (segunda cuestión). Esta incógnita comporta que tales contribuciones infrinjan también el ordenamiento jurídico de la Comunidad, por lo que el estudio de su eventual «ilicitud comunitaria» se erige en presupuesto del análisis prejudicial (primera cuestión). [27]

38. Queda, pues, perfectamente delimitado el ámbito comunitario del diálogo jurisdiccional, ajeno al discurso del ordenamiento nacional, que, no obstante, sirve de contrapunto y enmarca el debate. No en vano, en lo que se refiere a la primera cuestión, la TKG,

27 — En sus observaciones escritas, el Gobierno alemán invita al Tribunal de Justicia a eludir este segundo examen, alegando que la Directiva 97/13 está derogada, que la nueva Directiva 2002/20 prescinde de las licencias individuales y que sus normas fiscales entraron en vigor el 25 de julio de 2003, sin incidir en hechos pasados. Su planteamiento es equivocado, pues en los litigios de origen se discute si un arbitrio liquidado bajo la primera de las Directivas citadas, a tenor de una reglamentación aprobada en desarrollo de la ley nacional de trasposición, se ajusta al derecho de la Comunidad, por lo que parece evidente la procedencia del contraste propuesto por el Bundesverwaltungsgericht. En definitiva, hay que juzgar unos acontecimientos y unas reglas nacionales, teniendo en cuenta el marco comunitario aplicable al tiempo en el que acaecieron los hechos.

cuya infracción se achaca al TKLGebV 1997, traspone al derecho alemán la Directiva 97/13 y, en lo que afecta a la segunda, a falta de una disposición *ad hoc,* la defensa de los derechos que confiere el sistema europeo ha de articularse de acuerdo con las reglas procesales alemanas. [28]

B. *La primera cuestión prejudicial*

39. El tribunal remitente pretende dilucidar si el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 consiente un canon que se calcula en función de la previsión de los gastos administrativos ordinarios de la autoridad de reglamentación para un periodo de treinta años.

40. La solución precisa analizar la naturaleza de los tributos esbozados en la repetida Directiva.

1. Los artículos 6 y 11 de la Directiva 97/13

41. Aunque, en apariencia, se asemejen por su contenido, ambos preceptos, como avancé en las conclusiones Albacom e Infostrada, [29] tienen un alcance distinto, porque están al servicio de regímenes diferentes.

42. Las autorizaciones generales son permisos predefinidos de forma genérica, [30] que facultan a las empresas para intervenir en el mercado de las telecomunicaciones, sin una decisión expresa del órgano competente, pero con un eventual control ulterior, tal y como se anuncia en el artículo 5.

43. En cambio, las licencias individuales, autorizaciones específicas para que los titulares operen, necesitan un pronunciamiento singular a través de un procedimiento *ad hoc* [los artículos 2, apartado 1, letra a), segundo guión, y 9 de la Directiva avalan esta caracterización].

44. Estas divergencias explican que, mientras el artículo 6 se ocupa de «cubrir los gastos administrativos que ocasionen la expedición, el control de la gestión y la ejecución del *régimen de autorización general aplicable*», el apartado 1 del artículo 11

28 — Así lo ha proclamado el Tribunal de Justicia, de manera reiterada, desde la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989).

29 — Las líneas que se exponen a continuación reproducen los puntos 29 y siguientes de esas conclusiones.

30 — La predeterminación puede realizarse por la Administración («licencias por categoría») o por el propio legislador [así se deduce del considerando 8 y del artículo 2, apartado 1, letra a), primer guión, de la Directiva 97/13].

alude a los desembolsos del mismo carácter, relativos a «la expedición, la gestión, el control y la ejecución de las *licencias individuales*». [31] Por esta razón, el artículo 11 exige que la exacción por una licencia individual sea proporcionada al trabajo que suponga, precisión que no aparece en las autorizaciones generales.

45. Los artículos 6 y 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 regulan, por tanto, sendas figuras que, con independencia de la calificación que merezcan, [32] son de índole remunerativa y parafiscal, pues tienden a compensar por el acto o por el servicio que afecta al sujeto pasivo. Sin embargo, a causa del diverso origen de la prestación, el importe de la contribución definida en el primero de los preceptos mencionados se dedica, de manera inespecífica, a cubrir el coste del funcionamiento del «régimen de autorización general aplicable», [33] mientras que la correspondiente a las licencias individuales se dirige exclusivamente a sufragar los gastos en los que incurre la Administración con ocasión de la expedición, la gestión, el control y la ejecución de cada una en particular.

46. Por su parte, el apartado 2 del artículo 11 recoge un tributo del que desaparece cualquier idea de retribución, asumiendo la calificación de impuesto, si bien con afección singular. [34]

2. La tasa por licencias individuales del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 97/13

47. El hecho imponible de este arbitrio estriba en el desarrollo de un procedimiento para la concesión de la licencia, o para su gestión, control o ejecución.

31 — En el artículo 11, apartado 1, de la versión española de la Directiva se utiliza la expresión «régimen de licencias individuales aplicable», pero el sustantivo inicial no se emplea en los textos alemán, italiano, inglés o francés. En el primero consta «die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen»; en el segundo, «il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali»; en inglés, «in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences»; en francés, «à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables».

32 — «Tasas» o «precios públicos». En España se produjo hace años un intenso debate doctrinal sobre la delimitación de ambos conceptos. Así, Aguallo Avilés, A.: *Tasas y precios públicos: análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1992, y Martín Fernández, F.J.: *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales — Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995.
En las versiones alemana, inglesa, francesa e italiana de la Directiva se usan, respectivamente, las palabras «Gebühren», «fees», «taxes» y «diritti».

33 — La Directiva 2002/20 corrobora esta interpretación al enunciar, en el considerando 31, que, «con un sistema de autorización general, ya no será posible asignar los costes administrativos y, por ende los cánones, a las empresas, excepto en lo que se refiere a la autorización de derechos de uso de números, frecuencias de radio y derechos de instalar recursos», es decir, a los permisos que en la Directiva de 1997 se llamaban licencias individuales y en la nueva, «derechos de uso de radiofrecuencias y números» (artículo 5).

34 — En los puntos 40 a 43 de las conclusiones Albacom e Infostrada, he estudiado los elementos y las propiedades de este impuesto, que potencia un trato igualitario, impulsando los servicios innovadores y la competencia. En las conclusiones ISIS Multimedia y Firma 02, me he detenido en estos requisitos, en relación, precisamente, con la situación en el mercado alemán (puntos 33 y siguientes).

48. Se pretende cubrir los desembolsos que genere la instrucción de los trámites precisos, por lo que la recaudación no ha de financiar otras ocupaciones de la autoridad de reglamentación.

49. La proporcionalidad de la cuota al trabajo realizado constituye un imperativo del sistema, por lo que ha de responder a los gastos devengados, sin superar nunca su importe, reclamándolo de esta manera su carácter remuneratorio; el exceso lo convertiría en una carga fiscal.

50. Los principios de neutralidad, de no discriminación, de transparencia y de publicidad presiden el régimen de esta figura.

51. Las anteriores reflexiones marcan las pautas para avanzar una solución a la cuestión inicial del Bundesverwaltungsgericht, que necesita resolver si cabe calcular la cuantía de la tasa, basándose en un análisis prospectivo de los gastos de la autoridad de reglamentación y el periodo al que se extendería dicho análisis.

3. Las modalidades para el avalúo y la exacción de la tasa por licencias individuales

52. El gravamen regulado en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 se limita, pues, a sufragar el coste de la expedición, la gestión, el control y la ejecución de las licencias individuales, debiendo ajustarse al esfuerzo que supongan esos menesteres.

53. En el respeto de tales premisas, los Estados miembros gozan de libertad para escoger las formas y los procedimientos de cobro, así como para presupuestar el monto.

54. La finalidad de la tasa requiere su percepción siempre que se produzca el hecho imponible, tras la expedición del visado, una vez desplegada la acción administrativa de gestión, de control o de ejecución. Esta alternativa ayuda a afinar al máximo, porque, al practicarse la liquidación *a posteriori,* se conocen todos los componentes del trabajo desplegado, deduciéndose de una evaluación global del número y la cualificación de los funcionarios intervinientes, del tiempo dedicado y de los gastos

ineludibles para llevar a cabo la operación. [35] Sin embargo, esta fórmula adolece del inconveniente de someter al sujeto pasivo a reiterados pagos, obligando a la Administración fiscal a una incesante actividad, con aumento de los costes y merma de eficacia.

55. Puesto que se intenta resarcir al fisco de las expensas de una dilatada gestión pública en beneficio del titular de la licencia, nada se opone a que la contribución se exija anticipadamente y se compute atendiendo a un cálculo prudente de su importe. Cuando así se decida, resulta indiferente que se perciba en una sola entrega o se recaude a plazos.

56. La sentencia Fantask y otros (apartado 32), que acabo de citar en la nota 35, refiriéndose a los impuestos indirectos sobre la concentración de capitales, admitió fijar la cuota por adelantado, en virtud de un pronóstico, reclamándose por intervalos normalizados. Ninguna razón desaconseja extender esta apreciación al canon de las licencias individuales en el sector de las telecomunicaciones, siempre y cuando, como indicó la propia sentencia (apartados 32 a 34), los Estados miembros garanticen regularmente que el importe no supera el gasto en el que se incurre, asegurando, si proceden, las eventuales devoluciones.

4. El periodo cubierto por la exacción: sus límites

57. Al ampliar el lapso sobre el que se proyecta el cálculo, aumentará el riesgo de desacierto, pues la exploración se complica a medida que el análisis se aleja en el tiempo. La objetividad se reduce al ritmo en el que crece la incertidumbre, disparándose el peligro de desproporción cuando disminuye la fiabilidad de los datos manejados.

58. La situación se recrudece si la duración del intervalo obra no sólo para cuantificar el tributo, sino también en su liquidación, requiriéndose en un único acto, a fin de que surta efectos a lo largo del tiempo estimado. En estas circunstancias, los principios de proporcionalidad y de neutralidad de la Directiva 97/13 se debilitan en gran medida, pues se retribuyen hoy unos servicios que se perciben transcurrido un largo plazo. Tales principios, aunque no lo demanden, recomiendan una mayor contemporaneidad entre la prestación administrativa, la concreción del gravamen y su pago.

35 — En los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, armonizados por la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de junio de 1969 (DO L 249, p. 25; EE 09/01, p. 22), el Tribunal de Justicia ha seguido estos parámetros en la sentencia de 20 de abril de 1993, Ponente Carni y Cispadana Costruzioni (asuntos acumulados C-71/91 y C-178/91, Rec. p. I-1915), apartado 43. La sentencia de 2 de diciembre de 1997, Fantask y otros (C-188/95, Rec. p. I-6783), precisó que no sólo se ponderan los costes, materiales y salariales, directamente relacionados con la prestación que la tasa remunera, sino también la parte de los gastos generales del órgano administrativo que le son imputables (apartado 30).

59. Además, la índole del sector, su evolución y su grado de apertura tienen relevancia. Las posibilidades de prospección no son las mismas en un mercado estable, en el que la competencia está bien asentada desde antiguo y en el que, por lógica, no cabe esperar grandes sorpresas, vaticinándose fácilmente los acontecimientos, que en otro mercado en ebullición, de reciente liberalización, donde se auguran cambios imprevisibles.

60. Por consiguiente, la Directiva 97/13 no prohíbe la cuantificación ni el cobro anticipado de una carga como la litigiosa, siempre que no mermen las aludidas garantías de neutralidad y de proporcionalidad que la propia Directiva manda respetar.

61. Precisamente, esa indeseable consecuencia se origina con la exigencia por una sola vez de un arbitrio concebido conforme a una previsión de gastos para los próximos treinta años, en un momento en el que el mercado de las telecomunicaciones se encontraba en trance de flexibilización.

62. En las conclusiones del asunto Nuova società di telecomunicazioni, ya referenciadas, he apuntado que en los años noventa del siglo pasado comenzó la andadura para la apertura del mencionado mercado y la armonización de las legislaciones nacionales, mediante la elaboración de un acervo normativo en continua renovación, [36] que en la actualidad no se halla definitivamente perfilado. Pues bien, la fijación en 1997, en plena vorágine del proceso, de una aportación pecuniaria, con arreglo a un pronóstico sobre los gastos ordinarios de la autoridad de reglamentación hasta el año 2027 sobrepasa los límites de lo razonable, desconociendo, por los motivos ya expuestos, el espíritu de la Directiva 97/13. [37] Como prueba basta recordar que esta norma, adoptada en 1997, fue reemplazada cinco años después por la Directiva 2002/20, ya citada, que sustituye las licencias individuales por los «derechos de uso», ocupándose con más detalle de la evaluación del tributo [38] y dejando fuera del sistema exacciones como la de los litigios de origen.

63. El examen expuesto coincide con el del Bundesverwaltungsgericht en la repetida sentencia de 19 de septiembre de 2001, pues, no en vano, la TKG, de la que el TKLGebV

36 — En los puntos 3 y siguientes expliqué la evolución jurídica de las telecomunicaciones en el seno de la Comunidad.

37 — La mecánica del canon por licencias individuales supone que, en una economía de escala, la cuota de cada titular se reduce a medida que crece su número (no es igual abrir unas instalaciones y contratar personal para servir a cuatro empresas que hacerlo para veinticinco). Es rechazable, pues, un método que obvia el incremento de los operadores en un sector en expansión, cobrando una cantidad que, por la envergadura del término estipulado, no se corresponde con la realidad.

38 — El artículo 12, apartado 1, letra a), se refiere a los gastos originados por la gestión, el control y la ejecución de los derechos de uso; también a los derivados de «la cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica», añadiendo, después de reiterar los imperativos de neutralidad, transparencia y proporcionalidad, que las autoridades nacionales de reglamentación «publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados» (apartado 2).

1997 era ejecución, traspone la Directiva 97/13. [39] La doctrina alemana comparte esta opinión. [40]

64. De acuerdo con las reflexiones avanzadas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 y, en particular, los principios de neutralidad y de proporcionalidad no consienten la imposición de un canon sobre la expedición, la gestión, el control y la ejecución de las licencias individuales, calculado sobre la previsión de los gastos administrativos generales de la autoridad nacional de reglamentación durante treinta años.

C. La segunda cuestión prejudicial

1. Reflexiones preliminares: el enfoque adecuado

65. Sentado que no sólo el derecho alemán, como declaró el Bundesverwaltungsgericht, discrepa de las liquidaciones discutidas, sino también el comunitario, falta por verificar si este último ordenamiento exige controlar su validez, aun cuando no se hayan impugnado en su momento.

66. La legislación federal se instrumenta en la VwVfG que, según se deduce de los puntos 24 a 26 de estas conclusiones y de los autos de remisión, no permite anular los referidos actos administrativos ni dar satisfacción a las pretensiones de ISIS e i-21.

67. Esta precisión delimita con exactitud el debate y muestra el yerro de la doctrina Kühne & Heitz, que, al condicionar el nuevo estudio de una decisión firme a la expresa estipulación normativa en el sistema jurídico nacional, deja perplejo al Bundesverwaltungsgericht, quien, para derivar en tan inconveniente solución, no hubiera precisado el reenvío prejudicial. El apego al derecho nacional, promovido en esta materia por el Tribunal de Justicia, suscita, además, serios problemas, entre los que destaca la disparidad en la tutela de los derechos

39 — La sentencia alude a la dinámica de las telecomunicaciones y a las tres décadas sobre las que el pronóstico se proyecta, argumentando que en 1997 no cabía imaginar la forma en la que se desenvolverían, ignorándose cuántas compañías nacionales o extranjeras estarían en condiciones de competir con la empresa dominante, antiguo monopolio, así como las consecuencias en el ámbito de las licencias.

40 — Schütz, R., y Nüsken, J.P., «Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?», en *Multimedia und Recht*, 1998, pp. 523 a 528. Von Roenne, H., «Gebühr fur TK-Lizenzen», en *Multimedia und Recht*, 1998, pp. XIV a XVI, se pregunta si un intervalo de treinta años es pertinente para un mercado en plena evolución y si en dicho plazo, o incluso en otro inferior, subsistirán permisos de este tipo.

fundados en el ordenamiento jurídico comunitario. [41]

68. En los asuntos ahora planteados, no se trata de resolver si en derecho alemán cabe reconsiderar y, eventualmente, anular las tasas, ya irrecurribles, giradas a las citadas empresas, pues los tribunales se han pronunciado en sentido negativo, sino de decidir si, pese a tal impedimento, el derecho comunitario requiere su fiscalización y en qué condiciones.

69. En el caso Kühne & Heitz, ese dilema inspiraba la pregunta prejudicial del College van Beroep voor het bedrijfsleven de los Países Bajos y el abogado general Léger acertó con la vía correcta para despejarlo en las conclusiones de 17 de julio de 2003, donde propuso abordarlo desde la primacía del derecho europeo y su aplicabilidad directa.

41 — Coutron, A., «Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren», en *Revue des affaires européennes*, 13º año (2003-2004), 3, pp. 417 a 434, critica que el Tribunal de Justicia se remita al orden interno, porque, por ese cauce, se corre el riesgo de consagrar diferencias en la protección de los derechos de los justiciables (pp. 525 y 427). Por su parte, Peerbux-Beaugendre, Z., «Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire (Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004)», en *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, pp. 559 a 567, teme que este pronunciamiento suponga una fuente de nuevas divergencias en la aplicación del derecho comunitario (p. 566). Martín Rodríguez, P., «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne & Heitz NV», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, octubre 2004 (www.iustel.com), sostiene que una interpretación literal de esta sentencia la convierte en papel mojado, pues no abundan los ordenamientos jurídicos que habiliten a la Administración para verificar una resolución administrativa ratificada por una sentencia.

70. El Tribunal de Justicia debe afrontar el envite, sopesando los imperativos de la seguridad jurídica y los de la legalidad comunitaria, para discernir si los primeros representan siempre una barrera infranqueable o si en algunas ocasiones han de ceder ante los segundos.

2. El principio de seguridad jurídica: sus límites

71. Es evidente la relevancia de este principio en el correcto funcionamiento de cualquier entidad política. En las conclusiones de 28 de enero de 1999 en el asunto en el que fue dictada la sentencia Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros (en lo sucesivo, «sentencia AssiDomän»), [42] subrayé que el derecho aborrece el desorden, por lo que se dota de armas para luchar contra su causa matriz: la inestabilidad (punto 55).

72. Entre esas armas, la seguridad jurídica reviste una especial significación, a cuyo servicio se instrumenta la idea de «firmeza»; las decisiones administrativas devienen inatacables tras expirar los plazos para combatirlas o una vez confirmadas, después de empleados todos los medios de impugnación.

42 — Sentencia de 14 de septiembre de 1999 (C-310/97, Rec. p. I-5363).

73. En consecuencia, agotado el término para recurrirla, una resolución, aun viciada, no puede cuestionarse, integrándose definitivamente la tacha en el ordenamiento.

74. La invulnerabilidad de los actos firmes, incluso irregulares, se erige, pues, en la pauta general, [43] ya que ningún sistema tolera que la validez de las situaciones jurídicas se discuta indefinidamente.

75. El Tribunal de Justicia se ha mostrado sensible a esta regla estructural y, desde sus primeros pronunciamientos, la ha apreciado, [44] afirmando en la propia sentencia Kühne & Heitz su condición de principio general del derecho comunitario (apartado 24), proclamación reiterada en la sentencia Gerekens y Procola (apartado 22). [45] La sentencia AssiDomän negó que una Institución comunitaria quede obligada a replantearse unas decisiones consentidas, cuando otras de contenido idéntico, oportunamente controvertidas, se anularon en la vía judicial (apartado 63).

76. Ahora bien, el reiterado principio puede convertirse en un obstáculo para la aplicación uniforme y correcta del derecho comunitario, [46] por lo que la jurisprudencia le niega carácter absoluto [47] y prevalencia en cualquier coyuntura. La sentencia SNUPAT/Alta Autoridad [48] impuso su conciliación con otros valores dignos de protección.

77. El primero de esos valores que acotan la seguridad jurídica es la equidad, [49] cuya apreciación sugerí en las conclusiones AssiDomän no para buscar una salida al conflicto entonces dilucidado, sino para precisar, con carácter general, el alcance de la seguridad jurídica en el ámbito comunitario. Aunque el Tribunal de Justicia siguió el criterio de mis conclusiones, eludió referirse al límite de la equidad. La firmeza de una decisión no ha de constituir una traba para que se analice de

43 — En la doctrina alemana, Potacs, M., «Bestandskraft staatlicher Verwaltunsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00», en *Europarecht*, 2004, pp. 595 a 603, señala que, en tesituras de esa clase, la prevalencia del derecho comunitario actúa como excepción, únicamente si el derecho nacional no prevé mecanismos suficientes de respuesta (p. 602).

44 — La sentencia de 12 de julio de 1957, Algera y otros (asuntos acumulados 7/56 y 3/57 a 7/57; Rec. p. 81), anuló unos acuerdos en materia de personal de la Asamblea Común de la CECA, empleando los patrones comunes a las legislaciones de los Estados miembros sobre la revocación de actos ilegales, que autorizan su reconsideración dentro de un plazo razonable.

45 — Sentencia de 15 de julio de 2004 (C-459/02, Rec. p. I-7315).

46 — Hatje, A., «Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts», en *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Viena, 2000, pp. 133 a 149, en particular, p. 135.

47 — Peerbux-Beaugendre, Z., «Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire», en *Revue française de droit administratif*, núm. 3, mayo-junio 2005, pp. 473 a 481, secunda esta opinión, ya que una sentencia definitiva no es más que la expresión de una «verdad legal» relativa, cuyas repercusiones cabe restringir en ciertas hipótesis.

48 — Sentencia de 22 de marzo de 1961 (asuntos acumulados 42/59 y 49/59, Rec. p. 105).

49 — La Comisión lo denomina en sus observaciones escritas «principio de justicia material».

nuevo su contenido, si su persistencia provoca una situación de injusticia intolerable. La mayoría de los Estados miembros, por no decir todos, contemplan por motivos de esta índole la quiebra de la inimpugnabilidad de las resoluciones administrativas, agotados los plazos de recurso. El sistema alemán suministra un buen ejemplo. Según se informa en los autos de reenvío, la jurisprudencia ha reducido el margen de discrecionalidad que el artículo 48 de la VwVfG atribuye a la Administración, reconociendo al ciudadano un derecho a solicitar la revocación de la decisión, cuando mantenerla se revele «simplemente insoportable». [50]

78. Este freno a la seguridad jurídica se tiñe así de un talante marcadamente subjetivo. Se pretende eliminar las perturbaciones que repugnan al más elemental sentido de la justicia, repudiando las discriminaciones y demás atentados contra la ecuanimidad. [51]

79. El otro tope que ahora me interesa subrayar, de cariz más objetivo, se emplaza en la «supralegalidad», abarcando no sólo los fundamentos que articulan el ordenamiento y que prestan a las demás normas el aire que respiran, sino también la orientación deseada. [52] Cuando conservar un acto firme remueve la esencia del sistema o lo conduce a una vía muerta, se hace inevitable su expulsión.

80. En realidad, ambas fronteras son parcialmente «coextensas», ya que muchos de los valores que sustentan la equidad representan principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros y algunos se encuentran positivados al más alto nivel como derechos fundamentales de la persona. En definitiva, han de reprobarse los desenlaces generadores de más desamparo que el que se tiende a evitar, pues no hay mayor inseguridad que la originada por la injusticia o la manifiesta ilegitimidad.

81. Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico comunitario, como excepción, la

50 — Ese trance tiene lugar, como ya he indicado (punto 26 de estas conclusiones), si su perduración contraviene la igualdad, si vulnera el orden público o la buena fe, si adolece de ilegalidad manifiesta o si, dadas las circunstancias, el único ejercicio correcto del poder discrecional consiste en la anulación.

51 — El derecho español exige a las Administraciones públicas declarar de oficio, por iniciativa propia o a instancia del interesado, la nulidad de los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no se hayan recurrido en plazo, si lesionan los derechos y las libertades susceptibles de amparo constitucional, habida cuenta de su nulidad radical [artículo 102, apartado 1, en relación con el 62, apartado 1, letra a), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común *(Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 1992)].

52 — La Constitución española de 1978 es muy expresiva en este punto. Después de precisar en el artículo 9, apartado 1, que todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, al configurar la posición de la Administración, matiza que sirve con objetividad los intereses generales, con plena subordinación a la ley y al «derecho» (artículo 103, apartado 1), sometiéndola a un control jurisdiccional, en el que se contrasta tanto la legalidad de su actividad, como la sujeción a los propósitos que justifican su existencia (artículo 106, apartado 1).

seguridad jurídica quedaría inoperante para salvaguardar sus cimientos, permitiendo reconsiderar decisiones no impugnables. [53] Pero conviene detallar cuándo rige esa dispensa. En este empeño, parece aconsejable volver la mirada al pasado para corroborar que los patrones estructurales de ese ordenamiento, en gran medida de creación pretoriana, se proponen asegurar su efecto útil y lograr los fines de los Tratados.

82. No obstante, procede dejar constancia de un límite siempre infranqueable: los derechos de terceros. [54] Cuando resulten afectados, la estabilidad, aun injusta, debe prevalecer, compensándose al perjudicado por otros cauces algo más sinuosos, como el de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

3. Un continuo esfuerzo en defensa del derecho comunitario

83. La sentencia Van Gend & Loos [55] atribuyó al derecho comunitario la condición de ordenamiento jurídico independiente, en cuyo favor los Estados miembros han constreñido su soberanía, para de proclamar el efecto directo del artículo 12 del Tratado CEE (actualmente artículo 25 CE, tras su modificación) y su capacidad de generar en beneficio de los justiciables derechos individuales susceptibles de tutela por los tribunales nacionales. La sentencia tuvo por trasfondo el conflicto entre el mencionado precepto del Tratado CEE, que prohibía el incremento de los derechos aduaneros, y un nuevo arancel aprobado por el Gobierno neerlandés en 1960, que aumentó del 3 % al 8 % el tipo impositivo para algunos productos.

84. Conceder ese vigor inmediato a las normas comunitarias llevaba implícito el reconocimiento de su primacía sobre los sistemas estatales, anunciada en la sentencia de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia, [56] y proclamada de forma explícita por la sentencia Costa/ENEL. [57] Esta resolución, retomando los argumentos de la sentencia Van Gend & Loos acerca de la cesión de soberanía y la especificidad del ordenamiento de la Comunidad, declaró la imposibilidad de que los Estados miembros hagan prevalecer, contra un sistema aceptado sobre el principio de reciprocidad, una medida unilateral posterior, añadiendo que quedarían en entredicho los objetivos de aquel ordenamiento, si su fuerza vinculante variase de un lugar a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores. Se fundó también en el artículo 189 del Tratado CE (actualmente

53 — Hatje, A., *op. cit.* en la nota 45, p. 146, se sitúa en una posición cercana, defendiendo la primacía del derecho comunitario si la firmeza formal obstaculiza su realización.

54 — Budischowsky. J., «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», en *Zeitschrift für Verwaltung,* 2000, pp. 2 a 15, y Urlesberger, F., «Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht», en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht,* 2004, pp. 99 a 104, opinan que las facultades de revisión tienen que detenerse allí donde empiezan los derechos de los demás. El artículo 106 de la Ley española 30/1992, ya citada, las impide cuando, por el transcurso del tiempo o por otros motivos, nieguen la *equidad,* la buena fe, el *derecho de los particulares* o las leyes.

55 — Sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, Rec. p. 1).

56 — Asunto 10/61, Rec. p. 1.

57 — Sentencia de 15 de julio de 1964 (6/64, Rec. p. 1141).

artículo 249 CE), que, al otorgar carácter obligatorio a los reglamentos, impide que las normas nacionales los obstaculicen, pues de otro modo se pondrían en tela de juicio los basamentos de la Comunidad.

85. El efecto directo y la primacía no son meras técnicas para articular las relaciones entre órdenes jurídicos diferentes, sino la expresión de la Comunidad como una asociación de Estados, de pueblos y de ciudadanos; [58] pero, dado el contexto en el que se dictaron las sentencias Van Gend & Loos y Costa/ENEL, persistía la duda de si tales notas convenían a las directivas. Pues bien, la sentencia Ratti [59] les reconoció igual preeminencia, dictaminando que, una vez expirado el plazo para su trasposición, quien se ajusta a sus prescripciones no puede verse sometido al derecho nacional aún no adaptado.

86. La oportunidad para pronunciarse sobre la otra propiedad la brindó una ciudadana alemana, la Sra. Becker, que se resistía a pagar el impuesto sobre el valor añadido correspondiente a ciertas operaciones de crédito, no obstante estar sujetas conforme a la legislación alemana vigente. Esgrimía el artículo 13, parte B), letra d), párrafo primero, de la Sexta Directiva, reguladora del tributo, [60] que los Estados miembros se habían comprometido a trasponer antes del 1 de enero de 1979, para sostener que tales negocios jurídicos estaban exentos. La sentencia Becker, de 19 de enero de 1982, [61] juzgó que, desde aquella fecha, las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de la Sexta Directiva podían invocarse directamente en la República Federal de Alemania, ya que esta clase de normas, aunque carecen de impacto inmediato, lo producen cuando los Estados miembros no las trasponen o lo hacen incorrectamente. En esos supuestos, no cabe privarlas del carácter vinculante que el artículo 189 del Tratado les confiere.

87. Esta propiedad se construye, pues, como una «sanción» automática a la elusión de sus deberes por los Estados miembros, por lo que surgió la duda de si obra también cuando las directivas disciplinan relaciones horizontales, en las que el poder público está ausente. La respuesta, negativa, la facilitó la sentencia Marshall, [62] que encabeza una larga lista, en la que la sentencia Pfeiffer y otros [63] representa uno de los últimos eslabones.

88. Sin embargo, las referidas cualidades del derecho comunitario desaconsejaban resig-

58 — Rodríguez Iglesias, G.C., «El Poder Judicial en la Unión Europea», en *La Unión Europea tras la Reforma,* Universidad de Cantabria, 1998, p. 15.

59 — Sentencia de 5 de abril de 1979 (148/78, Rec. p. 1629).

60 — 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).

61 — Asunto 8/81, Rec. p. 53.

62 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, Rec. p. 723).

63 — Sentencia de 5 de octubre de 2004 (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835).

narse a la inaplicación de sus determinaciones, pues quebrarían los propósitos de los Tratados. El Tribunal de Justicia destacó que el principio de lealtad recogido en el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) compele a los Estados miembros a adoptar las medidas generales y particulares apropiadas para alcanzar las metas fijadas en las directivas, tarea que incumbe a todas las autoridades nacionales, también a las jurisdiccionales. Esta idea, plasmada en la sentencia Von Colson y Kamann,[64] ha paliado la denegación de efecto directo a las directivas en un litigio entre particulares, impulsando la doctrina denominada de la «interpretación conforme», en cuya virtud, al manejar su derecho, el juez nacional ha de dar sentido a la norma comunitaria, ateniéndose de esta forma al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado.

89. La sentencia Marleasing[65] profundizó en esta línea e indicó la solución concreta para otorgar fuerza al ordenamiento jurídico comunitario. Se discutía la nulidad de un contrato de sociedad por falta de causa, motivo ausente del artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE,[66] carente de desarrollo en el derecho español, cuyo Código Civil lo contempla en los artículos 1261 y 1275. El Tribunal de Justicia se decantó por la interpretación del derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, impidiendo que se declarara la nulidad de una sociedad por una razón distinta de las enumeradas en el referido artículo 11. El juez remitente resolvió el litigio[67] reemplazando la aplicación de los artículos del Código Civil por la norma comunitaria.

90. Esta consecuencia la había reconocido la jurisprudencia. La sentencia Simmenthal[68] gravó a los jueces de los Estados miembros con la carga de garantizar la plena eficacia del derecho comunitario, desplazando, si procediera, las disposiciones contrarias de la legislación nacional, aun posteriores, sin esperar su derogación o su expulsión del mundo jurídico por cualquier procedimiento constitucional. El reverso de la moneda lo provee la sentencia Fratelli Costanzo,[69] en la que se exige aplicar, incluso de oficio, una directiva, a pesar de la existencia de reglas nacionales que la contradigan.

91. El designio no varía: asegurar la utilidad del derecho comunitario. La doctrina de la interpretación conforme y la potestad de obviar el derecho nacional constituyen desvíos provocados por no haberse admitido el efecto directo horizontal de las directivas. Un buen ejemplo lo aporta la sentencia Arcaro,[70] que denunció la carencia de un mecanismo para eliminar las normas de un Estado enfrentadas a una directiva y confesó que el compromiso del juez de interpretar

64 — Sentencia de 10 de abril de 1984 (14/83, Rec. p. 1891).

65 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89, Rec. p. I-4135).

66 — Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías requeridas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para defender los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3).

67 — Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo, de 23 de febrero de 1991.

68 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

69 — Sentencia de 22 de junio de 1989 (103/88, Rec. p. 1839).

70 — Sentencia de 26 de septiembre de 1996 (C-168/95, Rec. p. I-4705).

esas normas al socaire del texto comunitario tropieza con obstáculos insalvables, cuando someten a un particular a una obligación aún no incorporada. Ni siquiera la sentencia Pfeiffer y otros, ya citada, solucionó definitivamente el problema, ya que, siguiendo las sugerencias de mis conclusiones de 27 de abril de 2004, segundas presentadas en el asunto, propuso que, en ese esfuerzo hermenéutico, los jueces nacionales no se limiten a examinar el derecho propio, aprobado para adaptar las directivas, sino que observen también el resto del ordenamiento nacional, para favorecer un resultado que no infrinja el derecho comunitario.

92. El Tribunal de Justicia, siempre preocupado por defender la virtualidad de ese ordenamiento, quiso cerrar el círculo para evitar que las dificultades de su articulación con los sistemas nacionales desembocaran en un callejón sin salida. La sentencia Francovich y Bonifaci [71] consagró el principio de que, cuando no se logre por vía interpretativa la intención ínsita en una directiva, el Estado miembro ha de reparar los daños ocasionados a los ciudadanos por no haber incorporado en plazo sus previsiones o haberlo hecho incorrectamente. La plenitud de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que confieren se debilitaría, al negar a sus titulares una compensación cuando se vulneren por culpa de un Estado miembro, imperativo que se intensifica si la operatividad de tales derechos se supedita a una acción estatal y, por consiguiente, los ciudadanos no pueden, a falta de tal acción, invocarlos ante sus órganos judiciales. El Tribunal de Justicia también justificó esa idea por los derroteros del artículo 5 del Tratado, ya citado, que compele a eliminar las secuelas ilícitas de una infracción del derecho comunitario.

93. Esta última sentencia esbozó las condiciones para el nacimiento del deber de reparación. Ulteriores resoluciones los han matizado, señalando los poderes del Estado a los que imputar la responsabilidad. La sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame [72] reconoció esa responsabilidad estatal, aunque la contravención provenga del poder legislativo, mientras que la sentencia Köbler [73] hizo lo propio en relación con el poder judicial. La sentencia Comisión/Italia, de 9 de diciembre de 2003, [74] declaró también la responsabilidad del Estado-legislador por no modificar una ley que los tribunales italianos interpretaban en contra de la efectividad del derecho comunitario. [75]

71 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

72 — Sentencia de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029).

73 — Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01, Rec. p. I-10239).

74 — Asunto C-129/00, Rec. p. I-14637.

75 — Martín Rodríguez, P., *op. cit.*, en la nota 40, califica a las sentencias Kühne & Heitz, Köbler y Comisión/Italia de «carta de la responsabilidad judicial».

4. Los requisitos para la reconsideración de los actos administrativos

94. Lo expuesto en los puntos precedentes de estas conclusiones muestra que criterios articuladores de la vigencia y de la derogación de las normas o de su interpretación, así como de su jerarquía, o el de la estricta vinculación de los jueces a la ley, con relevancia semejante en los sistemas constitucionales de los Estados miembros al de la seguridad jurídica, han cedido cuando se trataba de otorgar virtualidad al derecho comunitario, sin remover las raíces de los ordenamientos nacionales.

95. Puesto que, como ya he anotado, la equidad y los principios generales del derecho atemperan a veces el impacto de la seguridad jurídica, se puede predicar que así ocurra cuando su rigurosa aplicación compromete la entidad del derecho comunitario, cristalizando en situaciones que menoscaban dichos principios. Ajustando esta idea a las peculiaridades de ISIS e i-21, se deduce que procedería un nuevo examen de las liquidaciones firmes, si su mantenimiento perturbara los designios del derecho comunitario y engendrara injusticias contrarias a sus fundamentos, en particular, al imperativo de la proporcionalidad. [76]

76 — Galletta, D.U., *op. cit.* en la nota 7, p. 58, destaca el juego de la proporcionalidad en esta materia, que exige apreciar las circunstancias de cada ocasión.

a) Un desenlace que empece la apertura de las telecomunicaciones

96. El paso inicial sería, pues, indagar si la persistencia para ISIS e i-21 de los elevados cánones que abonaron sin reclamar, mientras que a otros operadores se los devolvieron tras recurso o negociación, pone en solfa los objetivos de la Directiva 97/13 y, en general, del bloque normativo encaminado a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones.

97. La solución propuesta para la primera pregunta prejudicial suministra un indicio, ya que, como he analizado, el artículo 11, apartado 1, reprueba una exacción configurada en los términos del TKLGebV 1997. Ahora bien, esta abstracta constatación carece de significación, porque la mera disconformidad no revela ningún obstáculo insalvable a la voluntad del legislador.

98. El juicio aparece más nítido al profundizar en los preceptos fiscales de la Directiva 97/13 y en el modo en el que se han desarrollado los acontecimientos.

99. El artículo 11 y el artículo 6 favorecen la competencia en las telecomunicaciones, prohibiendo que las empresas soporten más

cargas de las que prevén, para facilitar la entrada de nuevos protagonistas; de esta forma, colaboran en el proyecto de instalar un mercado común en el sector, garantizando las libertades de circulación, sin más restricciones que las necesarias para el interés general.[77]

100. Por tanto, si se exigen prestaciones distintas de las expresamente reguladas en la Directiva 97/13 (asuntos Albacom e Infostrada) o si, aun respetando sus determinaciones, se piden de manera no igualitaria (asuntos ISIS Multimedia y Firma 02), los propósitos comunitarios se frustran. Frente a esta tesitura se rebelan precisamente ISIS e i-21.

101. En las fechas en las que se dictaron los actos ahora discutidos (18 de mayo de 2001, la primera, y 14 de junio de 2000, la segunda), actuaban en el mercado alemán trescientas cinco empresas titulares de licencias de las clases 3 y 4. De este conjunto, nueve percibieron la devolución tras ganar los recursos que interpusieron; sin embargo, ciento cuarenta y nueve arribaron al mismo puerto por la bocana de la negociación. Otro grupo, de cinco, lo hizo, porque, sin ser firmes las liquidaciones cuando el Bundesverwaltungsgericht pronunció la sentencia de 19 de septiembre de 2001, se revocaron de oficio. Ocho compañías participan de la situación de ISIS e i-21.

102. Así pues, un grupo de titulares de licencias de las clases 3 y 4 han sufragado las tasas del anulado TKLGebV 1997, ciertamente elevadas (en particular, ISIS 67.316,69 euros e i-21 5.419.693,94 euros), mientras el resto interviene en el mercado mediante el pago de las del TKLGebV 2002, que oscilan entre 1.000 y 4.260 euros. Las diferencias son enormes, fuera de lógica, reflejándose necesariamente en los balances económicos de las empresas.

103. En una fase de transición desde una etapa cerrada, presidida por derechos exclusivos y especiales a favor de unas compañías, a otra en la que se aspira a un mercado competitivo y abierto para todos, cualquier freno a la incorporación de nuevos operadores consolida el *statu quo* y restringe la competencia, principalmente si contiene aspectos discriminatorios. La sentencia Connect Austria, ya citada, es muy expresiva en este extremo, al reiterar que un sistema de competencia no falseada sólo parece posible si se asegura la igualdad de oportunidades entre los agentes económicos (apartado 83), aseveración que ha facultado a la sentencia ISIS Multimedia y Firma 02, también refe-

77 — Sobre una interpretación teleológica de las Directivas aprobadas desde 1990, pueden consultarse los puntos 45 y siguientes de las conclusiones en el asunto Nuova società di telecomunicazioni, ya citadas.

rida, para sostener que la Directiva 97/13 no aprueba tratos favorables para el antiguo monopolio que, en la actualidad, ocupa una posición dominante. Por consiguiente, las autoridades de reglamentación han de actuar con neutralidad y no introducir disparidades arbitrarias.

104. En suma, la pervivencia de los actos ilegales controvertidos en estas cuestiones prejudiciales (cuyo impacto, no se olvide, se prolongará durante treinta años) consolida una coyuntura que repugna al derecho comunitario, dificultando la consumación del gradual proceso de apertura iniciado con las Directivas 90/387/CEE [78] y 90/388/CEE. [79]

105. Habría que discernir, además, si esa secuela es esencialmente injusta y contraria a los principios que informan el derecho comunitario.

b) Una consecuencia inaceptable

106. De entrada, el desenlace consagra un trato asimétrico para sujetos que, en apariencia, ocupan idéntica posición, todos titulares de licencias de las clases 3 y 4 para participar en el mercado alemán; [80] si careciera de una justificación objetiva y razonable, su radical desconocimiento de una regla nuclear del derecho comunitario [81] obligaría a reexaminar las liquidaciones litigiosas, no obstante la firmeza ganada, pero si tuviera explicación satisfactoria, la seguridad jurídica impediría otro análisis.

107. Podría argumentarse que la trayectoria de ISIS e i-21 no coincidiría con la de otras organizaciones, pues no impugnaron las liquidaciones que se les giraron, por lo que se excusaría el diverso régimen. Pero este aserto no es totalmente cierto, pues algunas de las que accedieron a la devolución tampoco lo hicieron, en concreto las que firmaron con la autoridad de reglamentación convenios de «igualdad de tratamiento», que, según informa el Gobierno alemán, renunciaron a la interposición de recursos, tras el reembolso de los derechos devengados. Otras compañías ni siquiera recurrieron, porque sus cuotas se anularon de oficio.

78 — Directiva 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 (DO L 192, p. 1).

79 — Directiva de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10).

80 — Reinersddorff, W., «Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids», en *Multimedia und Recht*, 2002, pp. 299 a 300, llama la atención sobre la complicada paradoja de las empresas que ingresaron la tasa sin interponer acción legal alguna y propone, para obtener la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas, el ejercicio de demandas de indemnización por responsabilidad estatal provocada por la incorrecta trasposición de la Directiva 97/13.

81 — La interdicción de toda desigualdad sin causa forma parte de los ordenamientos de los Estados miembros y, por el cauce del artículo 6 UE, apartado 2, se erige en principio general del derecho comunitario.

108. Poco importan las causas por las que ISIS e i-21 quedaron fuera de la negociación, [82] porque el que no reaccionaran no avala el divergente, desfavorable y desproporcionado régimen, convirtiendo en inatacables las exacciones ilegales que soportaron. Varias consideraciones refrendan esta apreciación.

109. En primer lugar, en una perspectiva meramente instrumental, su pasividad no se asimila a falta de diligencia, pues, cuando se les requirió el pago, no se había pronunciado la ilegalidad del TKLGebV 1997 y de los actos administrativos dictados en su aplicación. [83] En otras palabras, en aquel tiempo no cabía exigirles un comportamiento *ad cautelam* de tal jaez, ya que no era manifiesta la tacha que se declaró después.

110. En segundo lugar, en un paisaje de mayor calado, resulta rechazable que, en el marco normativo vigente en estos asuntos, la cristalización en el ordenamiento jurídico de una irregularidad incompatible con sus designios dependa de un hecho aleatorio como la fecha de una sentencia, la de 19 de septiembre de 2001. Esa discriminación entre los operadores, que perturba tanto la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado de las telecomunicaciones, como su liberalización, basada en el día en el que el Bundesverwaltungsgericht anuló el TKLGebV 1997, no ha de acarrear la denegación del nuevo análisis de las tasas que entonces ya no podían discutirse ni la revocación de oficio de las demás, sustituyéndolas por otras más livianas, las del TKLGebV 2002. Las empresas afortunadas por habérseles reclamado el tributo más tarde recibieron un regalo inesperado, sin ningún mérito por su parte.

111. Finalmente, con una visión más sustancial, el mantenimiento de un acuerdo ilegal, al margen de su alcance y de sus efectos en el sistema jurídico, con el argumento de que ha sido «consentido» por su destinatario, además de elevar a un nivel absoluto una técnica al servicio del ordenamiento, responde a una lógica propia del derecho privado, soslayando la esencial vinculación de la Administración al interés público y a la legalidad. Así lo indiqué en las conclusiones del asunto AssiDomän, ya citadas (punto 49).

112. Conviene destacar, en aras del rigor conceptual, algunos supuestos de «firmeza», que discrepan en su legitimidad, en su consistencia y en la eventualidad de su fiscalización. Los requerimientos de la seguridad jurídica aumentan si la decisión gubernativa ha pasado el control jurisdiccional, que añade a esa nota de la «firmeza» la

82 — Según han comunicado en sus observaciones orales, i-21, empresa británica establecida en el Reino Unido, desconocía la posibilidad de avenirse, mientras que ISIS lo hizo, pero sólo de forma parcial.

83 — — En la vista se ha señalado que el Oberverwaltungsgericht (tribunal superior administrativo) de Renania del Norte-Westfalia dio por sentada su corrección, en auto de 27 de octubre de 1999, dictado en un incidente de medidas cautelares (asunto 13 B 843/99, publicado en *Multimedia und Recht*, 2000, pp. 115 y siguientes).

fuerza propia de la «cosa juzgada». En la tensión entre estabilidad y legalidad, esta última mejora su impronta cuando la primera reviste, como ocurre en los litigios de origen, [84] carácter exclusivamente administrativo.

113. Sin embargo, hay quien defendería que, pese a todo, el antagonismo de las tesituras disculparía un régimen ligeramente diferente, pues, para desembocar en el mismo mar, las empresas habrían utilizado cauces fluviales separados. Las que combatieron la correspondiente liquidación o negociaron, a través de un surco directo: la anulación, previa revisión de oficio. Quienes adoptaron una actitud pasiva y dejaron transcurrir el plazo de recurso, construyendo un lecho mucho más tortuoso: la reparación por la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero este programa desconoce la opción de las que, queriendo permanecer inactivas, resultaron beneficiadas por un acontecimiento ajeno a su voluntad (el pronunciamiento de la sentencia del Bundesverwaltungsgericht cuando la respectiva liquidación no había alcanzado firmeza), cosechando un fruto que tampoco habían sembrado, y responde a una óptica meramente subjetiva, olvidando la dimensión objetiva, la del interés público, que demanda un tratamiento igualitario para enervar todo impedimento a la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

84 — Dato que los distingue del asunto que resolvió la cuestión prejudicial Kühne & Heitz, en el que la decisión administrativa fue ratificada en la vía jurisdiccional, mediante una sentencia de última instancia.

114. En suma, en las circunstancias de ambos reenvíos prejudiciales se ha perpetrado una infracción al derecho comunitario contraria a la equidad y a los principios generales que lo informan, debiendo reconsiderarse la solución procedente.

5. La autonomía procesal de los Estados miembros en sus justos términos

115. La respuesta brota con toda evidencia: cuando sea pertinente, los jueces nacionales han de replantearse los actos administrativos, siguiendo los trámites de su respectivo ordenamiento. [85] Recuérdese que, a falta de medidas armonizadoras, [86] compete a los Estados miembros prever los procedimientos para la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere, mas esta potestad queda sujeta a dos límites: en primer lugar, la regulación que instaure no puede ser menos favorable que la establecida para recursos semejantes de naturaleza nacional (principio de equivalen-

85 — Para Galetta. D.U., *op. cit.* en la nota 7, la Administración pública nacional debe, en el ámbito de la autonomía procesal reconocida a los Estados miembros, utilizando los instrumentos a su disposición, eliminar las repercusiones de una vulneración del derecho comunitario (p. 49).

86 — Soriano, J.E., «Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el derecho administrativo de la Comunidad (Nota sobre las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo sobre la aplicación de la equidad como criterio justificador de una nueva vía de revisión de oficio. Asunto C-310/97 P)», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999, pp. 49 a 54, defiende la elaboración de una norma que organice un «procedimiento administrativo comunitario».

cia); en segundo lugar, ha de articularse de manera que no resulte en la práctica excesivamente difícil o imposible el ejercicio de tales acciones (principio de efectividad). [87]

116. Los sistemas jurídicos de los Estados miembros conocen, con una u otra denominación, la eventualidad de llevar a cabo un nuevo control de los actos administrativos irrecurribles, si adolecen de determinadas anomalías. En el derecho alemán, el artículo 48 de la VwVfG atribuye a la Administración la facultad de retirar una decisión irregular, incluso firme. Si su mantenimiento se antoja «simplemente insoportable», la jurisprudencia nacional ha embridado esta potestad, hasta acabar con su discrecionalidad, creando una obligación de anulación.

117. Incumbe, pues, al juez de reenvío glosar y aplicar ese precepto de suerte que, respetando los referidos principios, garantizando los derechos de terceros y evitando desenlaces *contra legem,* permita al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 desplegar su operatividad.

118. No cabe olvidar que dicho apartado, al igual que el apartado 2 del precepto, es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente preciso, por lo que goza de efecto directo, [88] circunstancia que obliga al juez nacional a un esfuerzo para que sus disposiciones procesales faciliten una solución coherente con tal cualidad de la norma europea. El deber de interpretación del derecho nacional conforme a los imperativos del derecho comunitario, configurado en la sentencia Marleasing y con el alcance señalado por la sentencia Pfeiffer y otros, ambas ya citadas, muestra aquí todo su esplendor.

119. Aún más, trascendiendo las peculiaridades del sistema alemán, que proporciona al juez una norma en la que apoyar su tarea de dar virtualidad al orden comunitario, el escollo se solventaría por vía hermenéutica. [89] La sentencia Ciola [90] declaró que un

87 — Las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe, ya citada, y Comet (45/76, Rec. p. 2043), fueron las primeras en pronunciarse de esta manera, encabezando una larga saga. La sentencia de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), usó la anterior doctrina para revocar o suspender una autorización de explotación de una cantera que se había otorgado sin la correspondiente evaluación de impacto ambiental.

88 — La mencionada sentencia Connect Austria reivindicó esta característica para el artículo 11, apartado 2, de la Directiva.

89 — Frenz, W., «Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA», en *Deutsches Verwaltungsblatt,* 2004, pp. 373 a 376, defiende la aplicación de la legislación nacional si contempla la retirada de los actos administrativos firmes, transformándose en reglado el eventual poder discrecional que reconozca. Ahora bien, si el ordenamiento guarda silencio, propugna el desplazamiento de las normas procesales domésticas, para evitar disparidades entre los Estados miembros. Recuerda que esa cualidad de la firmeza es capaz de bloquear el derecho comunitario, consecuencia prohibida por el Tribunal de Justicia, como lo demuestra su jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas y la responsabilidad estatal. Budichowsky, J., «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», en *Zeitschrift für Verwaltung,* 2000, pp. 2 a 15, se alinea en esa posición, opinando que el ordenamiento de la Comunidad debe prevalecer sobre las normas internas que impiden la revisión de oficio. Según Antonucci, M., «Il primato del diritto comunitario», en *Il Consiglio di Stato,* 2004, pp. 225 a 233, a las Administraciones nacionales no les queda otra opción que reconsiderar sus acuerdos anteriores que se oponen a dicho ordenamiento interpretado por el Tribunal de Justicia. Gentili, F., «Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.», en *Il Consiglio di Stato,* 2004, pp. 233 a 238, puntualiza que el principio en cuestión requiere la anulación *ex officio* de todo pronunciamiento administrativo contrario al sistema jurídico mencionado, eliminando el talante discrecional que el ejercicio de la autotutela administrativa tiene en muchos ordenamientos nacionales.

90 — Sentencia de 29 de abril de 1999 (C-224/97, Rec. p. I-2517).

acto administrativo firme incompatible con el derecho comunitario no puede disminuir la protección jurídica de los justiciables. En el tercer pilar de la Unión Europea, donde las decisiones marco carecen de efecto directo [artículo 34 UE, apartado 2, letra b)], la reciente sentencia Pupino [91] habilitó al juez remitente para aplicar una formalidad procesal excepcional (el testimonio anticipado fuera del plenario en un proceso penal) en un trance no contemplado por el legislador nacional, para cumplir los objetivos de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. [92]

120. Con el mismo designio, el Tribunal de Justicia ha amparado, incluso en el seno de procedimientos judiciales, si bien con carácter extraordinario, interpretaciones ajenas a la letra de la ley nacional, pues, la jurisprudencia Simmenthal y Factortame y otros [93] obliga a los jueces a prescindir de cualquier disposición que entrañe una barrera para la plena eficacia del derecho comunitario. En este sentido, la sentencia Peterbroeck [94] afirmó que este orden jurídico se opone a una norma procesal nacional que, en la tesitura del litigio de origen, [95] prohibía al juez apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de derecho interno con un precepto comunitario, si no se había invocado por el justiciable en un tiempo determinado. Por su parte, la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores [96] sostuvo que la interpretación conforme exige al juez dar preferencia a la exégesis que otorgue virtualidad a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, [97] sobre protección de los consumidores, negándose de oficio a asumir una competencia atribuida en virtud de una cláusula abusiva. En esta línea, la sentencia Cofidis [98] juzgó que esa Directiva no consiente una normativa estatal que, en el contexto de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato suscrito entre ambos, proscribe, al expirar un plazo de preclusión, que el juez califique de oficio, a raíz de una excepción esgrimida por el demandado, de abusiva una cláusula inserta en el contrato. La sentencia Larsy [99] decretó la exclusión de las normas nacionales (en ese caso, el principio de autoridad de la cosa juzgada) en la medida en la que impidan la protección real de los derechos que se derivan del efecto directo del derecho comunitario.

121. Por tanto, en virtud del compromiso de lealtad proclamado en el artículo 10 CE, el artículo 11 de la Directiva 97/13 prevé la verificación de las liquidaciones que lo contradigan y hayan adquirido firmeza por

91 — Sentencia de 16 de junio de 2005 (C-105/03, aún no publicada en la Recopilación).

92 — DO L 82, p. 1.

93 — Sentencia de 19 de junio de 1990 (C-213/89, Rec. p. I-2433).

94 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (C-312/93, Rec. p. I-4599).

95 — Tesitura descrita en los apartados 17 a 21 de la sentencia.

96 — Sentencia de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941).

97 — Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DO L 95, p. 29).

98 — Sentencia de 21 de noviembre de 2002 (asunto C-473/00, Rec. p. I-10875).

99 — Sentencia de 28 de junio de 2001 (C-118/00, Rec. p. I-5063).

no haber sido atacadas en tiempo, si su mantenimiento conculca el espíritu de dicha norma, provocando situaciones injustas, contrarias a la equidad o a los demás principios que inspiran el ordenamiento comunitario. Los jueces nacionales han de interpretar su derecho nacional de manera que, concurriendo tales circunstancias, apruebe el reexamen de los referidos actos, dejando a salvo los derechos de terceros.

VI. Conclusión

122. A la luz de las anteriores reflexiones, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Bundesverwaltungsgericht que:

«1) El artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13/CE 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, se opone a un canon sobre la expedición, la gestión, el control y la ejecución de las licencias individuales, calculado en función de un pronóstico sobre los gastos administrativos generales de la autoridad nacional de reglamentación durante un periodo de treinta años.

2) Teniendo en cuenta el deber de cooperación leal del artículo 10 CE, el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 97/13 exige que las liquidaciones giradas en concepto de tasas por licencias individuales que lo infrinjan y que hayan ganado firmeza por no haberse recurrido en los plazos previstos puedan reconsiderarse si, impidiendo alcanzar los objetivos de la norma, consolidan situaciones contrarias a la equidad o a los principios inspiradores del ordenamiento comunitario. Corresponde a los jueces nacionales interpretar su derecho nacional de suerte que facilite esa revisión, sin perjuicio de los derechos de terceros.»