

DESAJUSTES EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA TRIBUTARIA DE LA TASA POR APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO PARA GRAVAR EL REPARTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN BARCELONA: A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 19 DE JULIO DE 2024

Marta Verdesoto Gómez

Profesora de Derecho Financiero y Tributario UCM

(España)

<https://orcid.org/0000-0002-5678-7741>

Resumen

El presente comentario tiene por objeto analizar la nulidad de la ordenanza reguladora de la tasa «Amazon» establecida en la ciudad de Barcelona en 2023, que pretendía someter a gravamen el aprovechamiento especial del dominio público que realizan los operadores postales al entregar en destinos finales productos adquiridos por comercio electrónico, y que ha sido declarada nula por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña antes de que efectivamente comenzara a aplicarse.

Palabras clave

Tributos locales, tasas por aprovechamiento especial del dominio público, cuantificación, comercio electrónico, operadores postales, gravamen sobre el ejercicio de la actividad.

Abstract

The objective of this commentary is to analyze the nullity of the ordinance regulating the «Amazon» rate established in the city of Barcelona in 2023, which sought to tax the special use of the public domain made by postal operators in the delivery of products to their final destination. acquired through electronic commerce, and which has been declared null and void by the Superior Court of Justice of Catalonia before it began to be applied.

Keywords

Local taxes, fees for special use of the public domain, quantification, electronic commerce, postal operators, tax on the exercise of the activity.

Cómo citar: Verdesoto Gómez, M. (2024). Desajustes en la utilización de la figura tributaria de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público para gravar el reparto de comercio electrónico en Barcelona: A propósito de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de julio de 2024. *Revista Técnica Tributaria*, (146), 315-322.

SUMARIO

1. Doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
4. Análisis

1. Doctrina del tribunal

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Primera) en dos Sentencias de 19 de julio de 2024 estima los recursos 678/2023 y 1146/2023 interpuestos por UNO, Organización empresarial logística y transporte, y por AEM, Asociación española de empresas de mensajería, declarando nula de pleno derecho la Ordenanza Fiscal 3.20 que establecía y regulaba la «Tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (Business to consumer, B2C)», aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 24 de febrero de 2023.

Para el Tribunal, la clasificación tributaria del gravamen regulado en la citada Ordenanza, más que una verdadera tasa, es la de un auténtico impuesto que gravaría los potenciales o previsibles rendimientos obtenidos por actividades de las empresas distribuidoras de las mercancías adquiridas por comercio electrónico, de manera virtualmente idéntica a los impuestos que gravan la adquisición de renta por actividades, expresiva de capacidad económica.

2. Supuesto de hecho

El 24 de febrero de 2023 se aprobó por el Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona la Ordenanza fiscal 3.20, reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (Business to Consumer, B2C), con la intención de gravar el aprovechamiento especial del dominio público por determinados operadores que llevan a cabo la distribución de bienes adquiridos por comercio electrónico a consumidores finales.

El preámbulo de la norma reglamentaria pone de manifiesto como la implantación del comercio electrónico por «grandes empresas prestadoras de servicios postales» ha tenido un fuerte impacto en la ciudad de Barcelona y ha supuesto un incremento del tráfico rodado y de uso de vehículos de cualquier clase, con un alto porcentaje de ocupación del dominio público local, distorsionando el uso común del dominio público a efectos comerciales, basado en zonas de carga y descarga habilitadas en la ciudad, con la finalidad exclusiva de proveer comercios y prestar determinados servicios. Además, alude a una finalidad extrafiscal consistente en evitar la carga y descarga en la vía pública para realizar entregas puntuales a destinos finales indicados por los consumidores.

La configuración del tributo, sometiendo a gravamen únicamente a una determinada categoría de sujetos (los operadores postales, con ingresos brutos relativos a la facturación de esta actividad en la ciudad de Barcelona superiores a un millón de euros); la determinación de la cuota tributaria (aplicando un porcentaje del 1,25 por 100 de los ingresos brutos facturados por cada obligado

tributario en la ciudad de Barcelona); así como determinados datos incluidos en el informe económico que justificaría la cuantía de la tasa, provocó que diferentes organismos públicos, organizaciones y asociaciones interpusieran recursos ante el TSJ de Cataluña, entre los que se encuentran los que originan las Sentencias de 19 de julio de 2024¹.

Según consta en las Sentencias que ocupan nuestro comentario, los motivos de impugnación aludidos por los recurrentes se basan en la infracción de los principios de libre circulación de mercancías, el mercado único digital, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el artículo 14 CE, la Ley 43/2010 del servicio postal universal, la Ley de garantía de unidad de mercado; así como, los artículos 24 y 25 del TRLHL.

3. Fundamentos de derecho

Las Resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña incluyen en sus Fundamentos de Derecho un resumen de la posición de los recurrentes, del Ayuntamiento de Barcelona y del Informe económico que sirve de sustento a la tasa; además, reproducen los 11 artículos y la D.A. Única de la Ordenanza reguladora de la tasa, así como los artículos 20.1.a), 20.3, apartados h) y u), 24 y 25 de la LHL, relativos fundamentalmente a la cuantificación de las tasas por aprovechamiento especial del dominio público y al papel del informe económico-financiero que acompaña a la Ordenanza.

En el FD 7º se realizan unas consideraciones preliminares sobre la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público a la luz de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, resaltando la dificultad conceptual de valorar el importe de las tasas que las Administraciones públicas pueden obtener y recaudar a cambio del uso o aprovechamiento del dominio público teniendo en cuenta que la LHL no exige que se establezcan unos criterios o parámetros determinados, sino que los que se utilicen respeten el límite general de que la cuantía de la tasa se determine tomando como referencia «el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público». Además, se alude a la preceptiva obligación de elaborar un informe técnico económico que, cuando se trata de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, debe poner de manifiesto los valores de mercado que se hayan tomado como referencia.

El FD 8º de las Sentencias se destina a resolver la controversia suscitada, reconociendo que la tasa se configura sobre determinado tipo de empresas, los operadores postales, y que realmente se grava el ejercicio de una actividad, en concreto, la del operador que realiza la última entrega. Para el Tribunal, la tasa no recae sobre la ocupación del dominio público local, sino que toma en consi-

1 Por ejemplo, la CNMC (nota de prensa de 27 de julio de 2023, La CNMC recurre la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona que crea una tasa sobre el comercio electrónico en la ciudad | CNMC) y la Autoridad Catalana de la Competencia (nota de prensa de 1 de diciembre de 2023 La ACCO impugna la tasa del Ayuntamiento de Barcelona en el reparto a domicilio del comercio online. Autoridad Catalana de la Competencia (gencat.cat)).

deración la naturaleza jurídica de la actividad y el gravamen se obtiene sobre una base imponible determinada por los ingresos brutos de facturación, que es expresiva de una capacidad económica.

Señala el TSJ que el régimen especial de cuantificación del art. 24.c) de la LHL, previsto exclusivamente para la utilización privativa o aprovechamiento especial a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general, es el que viene a utilizarse en la tasa barcelonesa (minorando el porcentaje al 1,25 por 100), a partir de los «ingresos brutos de facturación» de los operadores de comercio electrónico.

Reconocen las Sentencias que la capacidad económica es un parámetro de determinación de la intensidad del uso de los bienes, pero siempre que esa intensidad guarde relación o concordancia con la afectación, deterioro o necesidad de reposición o recuperación de tales bienes. El Tribunal constata que, en el caso de la tasa barcelonesa, el dato exclusivo para determinar la cuota tributaria es la capacidad económica y no el valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización.

El Tribunal reconoce que el informe técnico económico indica un valor de referencia, determinado en función de las DUM utilizadas por los operadores postales y también por otros agentes, pero que sólo se tiene en cuenta para determinar un gravamen que se dirige exclusivamente a los primeros. En relación a ese valor de referencia, se cuestiona, además, su determinación en el informe técnico-económico que acompaña la tasa, a partir de las áreas de estacionamiento regulado (DUM), resaltando que la propia Memoria Justificativa de la tasa determina que el aprovechamiento especial del dominio público que realizan los operadores postales (distribución B2C) resulta inferior al de otras modalidades de distribución de mercancías² y que el propio documento reconoce que el alcance de los datos sobre utilización de las áreas DUM es limitado.

Si la Ordenanza tuviera como justificación finalista evitar la carga y descarga en la vía pública para envíos puntuales, tal protección debería abarcar a todo vehículo susceptible de utilizar de igual forma el dominio público, pero no exclusivamente a los operadores postales que distribuyen bienes adquiridos a través del comercio electrónico.

La naturaleza tributaria del gravamen configurado en la Ordenanza es, por tanto, la de un impuesto y, para el Tribunal, la exención aplicable a los operadores postales que no superen el millón de euros de facturación (similar a la contemplada en el IAE), así como la exención que afecta al operador del servicio postal universal, asentada en la previsión del art. 22.2 de la Ley 43/2010³, respaldarían que la naturaleza del gravamen regulado en la ordenanza es la de un impuesto sobre la actividad.

2 Así, la venta a otras empresas (Modelo B2B) representaría un 21% del mercado y la distribución urbana de servicios (DUS) un 45 %, frente a la distribución al cliente final (Modelo B2C) que supone un 16%.

3 Conforme al cual « El operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal quedará exento de los tributos que graven su actividad vinculada al servicio postal universal, excepto el impuesto sobre Sociedades».

Por otro lado, aunque el Tribunal comparte el reproche de obsolescencia de las normas vigentes, que no se han adaptado al mercado digital, duda de la justificación del gravamen que recoge la exposición de motivos de la Ordenanza, en el sentido de tratar de gravar a los operadores postales por el hecho de no contribuir al sostenimiento de las arcas públicas barcelonesas de igual manera que el comercio tradicional de proximidad, con los tributos que recaen sobre la radicación, señalando que no consta la existencia de centros de almacenaje o empaquetado en Barcelona de operadores postales, que no contribuyan al presupuesto municipal con estos tributos que gravan la radicación, por ejemplo el IBI y que los vehículos utilizados no satisfagan el correspondiente impuesto de circulación.

Para finalizar, el Tribunal pone de manifiesto que el art. 7 de la ordenanza realiza una remisión al informe técnico económico, contrario a la doctrina fijada por el TS en su Sentencia de 21 de octubre de 2020 y recuerda que la Audiencia Nacional en Sentencia de 14 de julio de 2023 ha considerado que la actividad de Amazon Road Transport Spain, S.L no es de carácter postal (por tanto no sujeta a la tasa), señalando textualmente que deberá estarse pues a lo que resuelva el Tribunal Supremo⁴.

4. Análisis

Las Sentencias que ocupan nuestro comentario cercenan la posibilidad de que el Ayuntamiento de Barcelona pueda exigir, con las características actuales, una tasa sobre el aprovechamiento especial del dominio público por parte de operadores postales que realizan la carga y descarga en la vía pública.

La categoría de tasa por aprovechamiento especial del dominio público, que ha manifestado un desarrollo exponencial en los últimos años y que se encuentra parcamente regulada en la LHL, está generando una gran controversia que han provocado decisiones judiciales de diferente signo⁵.

En relación con la regulación de la tasa barcelonesa que ahora nos ocupa, el debate se ha generado en torno, fundamentalmente, a la naturaleza del tributo, teniendo en cuenta el hecho imponible, la delimitación de los sujetos pasivos y los elementos de cuantificación fijados en la Ordenanza fiscal.

Frente al conjunto de motivos alegados por los recurrentes, el TSJ declara la nulidad de la ordenanza sin hacer alusión a la contravención directa de algún precepto legal de ámbito estatal o de la Unión Europea. Aunque en la nota de prensa a propósito de la Sentencia, publicada por el Consejo General del Poder Judicial, el 23 de julio de 2024,⁶ se alude a la infracción del principio de libre

4 Mediante Auto de 24 de marzo ha admitido recurso de casación contra la Sentencia.

5 A título de ejemplo, las SSTS de 12 de febrero de 2009 (cajeros automáticos) y de 27 de octubre de 2022 (tornos de farmacia).

6 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-TSJ-de-Cataluna-anula-la-conocida-como-tasa-Amazon-del-ayuntamiento-de-Barcelona>

circulación de mercancías, en las Sentencias no se menciona expresamente tal vulneración.

Ciertamente en las decisiones judiciales se analizan los motivos que provocarían la declaración de nulidad contenida en el fallo, que vulnerarían el Principio de libre circulación de mercancías, recogido también la propia LHL en su art. 6.c); así como los arts. 24 y 25 de la LH; e implicarían una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior (Arts. 107-109 TFUE), pero los Fundamentos de Derecho de la Sentencia no se refieren específicamente a los mismos.

En el curso de la deliberación de las Sentencias, la Ponente inicialmente designada manifestó su disconformidad con el voto de la mayoría, declinando la redacción de la resolución y anunciado formular su voto particular.

El voto particular, de desestimación del recurso presentado contra la tasa, tiene una extensión similar al propio texto de la Sentencia, y acoge los motivos esgrimidos por el Ayuntamiento de Barcelona para establecer la tasa, poniendo de manifiesto que en la Sentencia realiza una interpretación errónea del informe técnico-económico motivada por en la estructuración de dicho informe elaborado por economistas. Además, se pronuncia sobre la exención que beneficia al Operador Postal Universal, justificándola en la existencia de una tupida red de oficinas y Citypaq en la Ciudad de Barcelona y en la realización del envío postal a domicilio a través de carteros.

También se alude en el voto particular, a la SAN de 14 de julio de 2023 que declaro que las empresas del grupo AMAZON no cumplían los requisitos para ser operadores postales. La sentencia no es firme, ya que contra la misma ha sido admitido un recurso de casación ante el Tribunal Supremo y en el Auto de Admisión, de 20 de marzo de 2024, se señala expresamente que el recurso parte de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, y no habiendo sido parte procesal el Ayuntamiento de Barcelona en ese recurso, la sentencia que establecen esos hechos probados no producen efectos de cosa juzgada en su contra.

Desde nuestro punto de vista, los razonamientos contenidos en el voto particular no desvirtúan las consideraciones del TSJ Catalán. Independientemente del mayor o menor acierto en la determinación del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento a partir de un valor de referencia en función de las DUM utilizadas por los operadores postales, lo cierto es que la Ordenanza no contempla el mismo, sino que utiliza un criterio de cuantificación basado en la aplicación de un porcentaje fijo sobre la facturación en Barcelona sólo de determinadas empresas, incumpliendo el art. 24 de la LHL. En el mismo sentido, la remisión que realiza el art. 7 de la norma reglamentaria al informe técnico económico, para calcular el exceso de cuota satisfecho supondría una vulneración del art. 25 de la LHL, teniendo en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en relación con estas cuestiones⁷

7 Así, las SSTs DE 7 de diciembre de 2016 y 21 de octubre de 2020.