

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ071142

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

Sentencia 132/2018, de 18 de abril de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 317/2016

**SUMARIO:**

**Tasa por aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública.** Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local integrado por calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia del Ayuntamiento. La Sala considera que no se produce el hecho imponible de la tasa pues los guías de turismo, no llevan a cabo una utilización especial «del» dominio público, sino «desde» el mismo, por cuanto sin perjuicio de que en su recorrido, como antes se expuso, utilicen vías públicas -calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales-, lo cierto es que su objetivo son los edificios, en su gran mayoría privados, que componen su conjunto monumental, por lo que tampoco cabe subsumir la cobertura de la ordenanza en dicho supuesto, y por tanto, carece de cobertura legal, por lo que debe declararse la nulidad de pleno derecho pretendida.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), arts. 15 y 20.  
Constitución Española, art. 133.

**PONENTE:**

*Don Fernando García Mata.*

Magistrados:

Don EUGENIO ANGEL ESTERAS IGUACEL  
Don FERNANDO GARCIA MATA  
Don EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE

**T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.2**

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00132/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección 2ª).

-Recurso número 317 del año 2016-

S E N T E N C I A Nº 132 de 2018

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE :

D. Eugenio A. Esteras Iguácel

MAGISTRADOS :

D. Fernando García Mata  
D. Emilio Molins García Atance

-----  
En Zaragoza, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección 2ª), el recurso contencioso-administrativo número 317 del año 2016, seguido entre partes; como demandante la ASOCIACIÓN DE GUÍAS DE TURISMO OFICIALES DE ARAGÓN , representada por la procuradora doña Emilia Bosch Iribarren y asistida por el abogado don Gabriel Morales Arruga; y como Administración demandada el AYUNTAMIENTO DE ALBARRACÍN , representado por la procuradora doña Nuria Chueca Gimeno y asistido por la abogada doña Carmen Hernández Miedes. Es objeto de impugnación la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local integrado por calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia del Ayuntamiento de Albarracín, mediante la realización de visitas guiadas con ánimo de lucro, aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Albarracín el 28 de septiembre de 2016 (BOPT de 26 de octubre de 2016).

Ponente : Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando García Mata.

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

##### Primero.

La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 23 de diciembre de 2016, interpuso recurso contencioso administrativo contra la disposición citada en el encabezamiento de esta resolución.

##### Segundo.

Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar la parte recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que, con estimación del recurso se declare la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza impugnada, así como del acuerdo de aprobación, dejándola sin efecto, con costas.

##### Tercero.

La Administración demandada, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimó aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

##### Cuarto.

Recibido el juicio a prueba y practicada la propuesta por las partes con el resultado que es de ver en autos, y tras evacuarse por las partes el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 11 de abril de 2018.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:****Primero.**

Se impugna en el presente proceso por la parte actora la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local integrado por calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia del Ayuntamiento de Albarracín, mediante la realización de visitas guiadas con ánimo de lucro, aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Albarracín el 28 de septiembre de 2016 (BOPT de 26 de octubre de 2016).

**Segundo.**

La parte recurrente, tras referir los hitos habidos en el procedimiento de aprobación de la Ordenanza impugnada, en la fundamentación jurídica sostiene que la realización de visitas guiadas no constituye un aprovechamiento especial del dominio público, por lo que no se da el presupuesto esencial para la imposición de la tasa. Así, tras referir el contenido del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 2/2004, señala que es un precepto claro que delimita qué puede ser objeto de una tasa, y dentro de ese ámbito no se incluye la realización de actividades económicas por los particulares, que es lo que, en realidad, estima se pretende gravar con dicha tasa, ya que la realización de visitas guiadas no constituye un aprovechamiento especial del dominio público, no siendo incardinable la actividad en ninguno de los apartados del artículo 20.3, que si bien que no es un número clausus, tienen un denominador común, cual es, la instalación o colocación de algún elemento sobre el dominio público, rechazando la analogía con el supuesto previsto en la letra p) «tránsito de ganado» -pues el mismo si es incompatible con el uso general y, además, el tránsito de turistas no se ha incluido en dicha relación-, o con la tasa por instalación de cajeros automáticos -pues en dicho supuesto las entidades obtienen una indiscutible ventaja al ampliar su actividad mercantil en el dominio público de forma permanente-. Añade, que lo que subyace es que los guías obtienen un beneficio relacionado con el dominio público, que no se exige en otros supuestos. En conclusión señala que se quiere gravar la actividad de los guías turísticos y, como no se dispone de título para ello, inventa esta tasa, pues lo que caracteriza al aprovechamiento especial es una restricción parcial del uso común del dominio público que en este caso no concurre, ni los supuestos de peligrosidad, intensidad o cualquier otro semejante, previstos en el artículo 85.2 de la LPAP y del Real Decreto 1372/1986.

Además sostiene la manifiesta falta de motivación del informe técnico económico introducido en la Ordenanza, que se realizó con posterioridad a la aprobación inicial, y que carece de toda lógica, pues se calcula sobre la base del valor del metro cuadrado de suelo en el Caso Histórico, y se concluye que las empresas que prestan servicios de guía deben pagar el precio de un metro cuadrado por cada turista, criterio que no guarda ninguna relación con el hecho imponible y no justifica el valor de mercado del dominio público que usa el turista, no teniendo nada que ver el valor catastral de las edificaciones del Conjunto Histórico de Albarracín con la utilización del dominio público que realiza el turista. Además, no se manifiesta como se llega a calcular el valor de 17.625 €, siendo dicho defecto determinante de la nulidad de la Ordenanza, conforme a la jurisprudencia que cita, añadiendo que además llega a resultados absurdos.

Por último señala que la Ordenanza solo grava el aprovechamiento especial con ánimo de lucro con lo que se desvela que lo que se grava no es el aprovechamiento especial, sino el ejercicio de la actividad de guía, añadiendo que los Ayuntamientos carecen de competencias para establecer exenciones subjetivas o beneficios fiscales a entidades privadas fuera de los límites del TRLRHL, y lo que se hace es otorgar un beneficio fiscal a Asociaciones o Fundaciones que realizan vistas y no tienen ese ánimo de lucro, por ello estima que con arreglo a los artículos 9.1 y 21.2 de TRLRHL procede declarar la nulidad, en especial, del artículo 2.1 de la Ordenanza.

En última instancia señala la gran similitud que tiene con la ecotasa balear y llama la atención sobre la coincidencia, literal en muchos párrafos, de la exposición de motivos.

**Tercero.**

Ciertamente son diversas las cuestiones suscitadas por la parte recurrente, si bien a la vista de su contenido se estima preciso comenzar llevando a cabo unas consideraciones sobre el poder normativo tributario de las entidades locales.

En primer lugar debemos partir del artículo 133 de la Constitución , que en sus apartados 1 y 2, que dispone que «1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes», precepto que a nivel constitucional se completa en este tema con el artículo 142 que dispone que «Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas».

Además, debe tenerse en cuenta que no basta con que la Ley instituya un impuesto, sino que, conforme al artículo 10 de la Ley 58/2003 , es necesario que una norma con rango de ley establezca los elementos de la obligación tributaria -dicho precepto dispone que «se regularán, en todo caso, por Ley: a) La determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, salvo lo establecido en el artículo 58. b) El establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias; e) La modificación del régimen de sanciones establecidas por Ley; d) Los plazos de prescripción o caducidad y su modificación; e) Las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones tributarias puedan significar respecto a la eficacia de los actos o negocios jurídicos; f) La concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias; h) El establecimiento y la fijación de las condiciones esenciales de los monopolios fiscales; i) Las prohibiciones de localización en ciertas zonas del territorio nacional, por motivos fiscales de determinadas actividades o explotaciones económicas; j) La implantación de inspecciones o intervenciones tributarias con carácter permanente en ciertas ramas o clases de actividades o explotaciones económicas; y k) la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria-», por lo que como señala la doctrina el poder tributario de las Corporaciones locales vendría determinado negativamente por la facultad de dictar normas respecto de todos aquellos elementos y aspectos del tributo no cubiertos específicamente por la reserva de ley estatal.

Añadir a lo anterior que el artículo 105 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local , que dispone en su apartado 2 que «las Haciendas locales se nutren, además de tributos propios y de las participaciones reconocidas en los del Estado y en los de las Comunidades Autónomas, de aquellos otros recursos que prevea la Ley», añadiendo el artículo 106 que «1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla. - 2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las Corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas».

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, dispone en su artículo 15, en el que se regula la imposición y ordenación de tributos locales, que « 1. Salvo en los supuestos previstos en el artículo 59.1 de esta Ley , las entidades locales deberán acordar la imposición y supresión de sus tributos propios, y aprobar las correspondientes ordenanzas fiscales reguladoras de éstos.- 2. Respecto de los impuestos previstos en el artículo 59.1, los ayuntamientos que decidan hacer uso de las facultades que les confiere esta Ley en orden a la fijación de los elementos necesarios para la determinación de las respectivas cuotas tributarias, deberán acordar el ejercicio de tales facultades, y aprobar las oportunas ordenanzas fiscales. 3. Asimismo, las entidades locales ejercerán la potestad reglamentaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de esta Ley , bien en las ordenanzas fiscales reguladoras de los distintos tributos locales, bien mediante la aprobación de ordenanzas fiscales específicamente reguladoras de la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales».

Por lo que hace referencia a las tasas, el artículo 57 dispone que «Los ayuntamientos podrán establecer y exigir tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal, según las normas contenidas en la sección 3ª del capítulo III del título I de esta Ley».

En dicha sección 3ª, en el artículo 20, se establece lo siguiente con relación al hecho imponible de las tasas:

«1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes: (...)

3. Conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes:

- a) Sacas de arena y de otros materiales de construcción en terrenos de dominio público local.
- b) Construcción en terrenos de uso público local de pozos de nieve o de cisternas o aljibes donde se recojan las aguas pluviales.
- c) Balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas.
- d) Vertido y desagüe de canalones y otras instalaciones análogas en terrenos de uso público local.
- e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local.
- f) Apertura de zanjas, calicatas y calas en terrenos de uso público local, inclusive carreteras, caminos y demás vías públicas locales, para la instalación y reparación de cañerías, conducciones y otras instalaciones, así como cualquier remoción de pavimento o aceras en la vía pública.
- g) Ocupación de terrenos de uso público local con mercancías, materiales de construcción, escombros, vallas, puntales, aspillas, andamios y otras instalaciones análogas.
- h) Entradas de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase.
- i) Instalación de rejas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos.
- j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada.
- k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos.
- l) Ocupación de terrenos de uso público local con mesas, sillas, tribunas, tableros y otros elementos análogos, con finalidad lucrativa.
- m) Instalación de quioscos en la vía pública.
- n) Instalación de puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos, atracciones o recreo, situados en terrenos de uso público local así como industrias callejeras y ambulantes y rodaje cinematográfico.
- ñ) Portadas, escaparates y vitrinas.
- o) Rodaje y arrastre de vehículos que no se encuentren gravados por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.
- p) Tránsito de ganados sobre vías públicas o terrenos de dominio público local.
- q) Muros de contención o sostenimiento de tierras, edificaciones o cercas, ya sean definitivas o provisionales, en vías públicas locales.
- r) Depósitos y aparatos distribuidores de combustible y, en general, de cualquier artículo o mercancía, en terrenos de uso público local.
- s) Instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local.
- t) Construcción en carreteras, caminos y demás vías públicas locales de atarjeas y pasos sobre cunetas y en terraplenes para vehículos de cualquier clase, así como para el paso del ganado.
- u) Estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse. (...)

A la vista de lo expuesto, y en cuanto aquí interesa, debe precisarse en cuanto al hecho imponible, que el mismo debe venir contemplado - artículo 133.1 CE - en una ley estatal, en la que ha de venir claramente descrito en el caso de los impuestos, y en el de las tasas y contribuciones especiales deberá hacerse una relación suficientemente concreta de las actuaciones administrativas (servicios públicos, obras públicas y demás actividades), así como de la utilización del dominio público, que determinen, en su caso, la exacción de estas otras clases de tributos. A lo que debe añadirse que las características del hecho imponible -que sí debe regularse por ley del Estado-, han de ser determinantes de quienes vayan a ocupar la posición de sujetos pasivos, de forma tal que el posible silencio legal sobre el mismo no dejaría abierta la posibilidad de una regulación arbitraria por las Corporaciones locales de los aspectos subjetivos del tributo.

#### Cuarto.

Tras las anteriores consideraciones, y discutida la competencia del Ayuntamiento demandado para imponer la tasa controvertida debe examinarse el hecho imponible y sujeto pasivo de la tasa en cuestión.

Así, en la Ordenanza controvertida se regulan en los artículos 2 y 3 en los siguientes términos:

##### «Artículo 2. Hecho imponible.

1. En virtud de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , artículo 20.1 y 3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos , el hecho imponible de la tasa consiste en aprovechamiento especial del dominio público y, en particular por calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia del Ayuntamiento de Albarracín, mediante de visitas guiadas con ánimo de lucro, que realicen personas físicas o jurídicas que realicen actividad profesional de guías de turismo en las modalidades previstas en el Decreto 21/2015, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Guías de Turismo o normativa reguladora.

2. La tasa es compatible con otras exacciones, específicamente con las tasas que se establezcan por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas que se refieran de manera particular a los sujetos pasivos, los afecten o los beneficien.

##### Artículo 3. Sujeto pasivo.

1. Son sujetos pasivos contribuyentes de esta tasa, y están obligadas a cumplir las obligaciones materiales y formales establecidas en la presente Ordenanza y en sus disposiciones de desarrollo, las personas físicas y jurídicas, así como las entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , que realicen actividad profesional de guías de turismo con ánimo de lucro en las modalidades previstas en el Decreto 21/2015, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Guías de Turismo o normativa reguladora».

#### Quinto.

Expuesto lo anterior, y siendo evidente que el hecho imponible no se encuentra dentro de la relación contenida en el artículo 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, ha de convenirse con la Administración demandada en que dicha circunstancia, no determina la improcedencia de establecer la tasa por algún supuesto distinto, que conlleve la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

El propio precepto así lo prevé en su tenor literal -«por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes»- y así ha sido reconocido por la Jurisprudencia. En dicho sentido la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009, recaída en el recurso de casación 6385/2006 , seguida por otras

posteriores, al señalar que «Como ha puesto de relieve la doctrina, la Ley 25/1998, de 13 de julio, al dar nueva redacción al art. 20 de la LRHL, señaló que las Entidades locales pueden establecer tasas --remarcándose así el carácter potestativo y voluntario de estos tributos, cuyo establecimiento depende exclusivamente de la voluntad de la Entidad local respectiva, pudiéndose exigir únicamente previo acuerdo expreso de imposición y ordenación-- por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los que aparecen expresamente configurados con carácter no taxativo, sino meramente enunciativo, en el referido precepto, del que se desprende que para que la utilización del dominio público pueda generar tasas locales es necesaria la concurrencia de estas tres circunstancias: a) Que se trate de un aprovechamiento especial o privativo; b) Que su uso sea legítimo , y c) Que los bienes sean de dominio público local.- En rigor, no es necesario ninguna relación de supuestos, ni abierta ni cerrada, en base a los que las Entidades locales puedan exigir tasas , ya que la configuración en la Ley de la categoría genérica de la tasa local y la regulación, también genérica, de todos sus elementos esenciales, es suficiente como para dar por adecuadamente cumplido el principio de reserva de ley. De esta forma, el legislador, trató de evitar la crítica que se le había dirigido, al promulgarse tanto la Ley de Tasas y Precios Públicos como la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, de que la definición genérica de tasas podía implicar una vulneración del principio de reserva de ley, al no venir luego desarrollado el concepto general por una serie de supuestos concretos que motivasen el cobro de este tributo».

Asimismo debe rechazarse que solo pueda estimarse que se produzca un supuesto de «utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local» -artículo 20.3- cuando se produce la instalación de algún elemento fijo o provisional sobre el dominio público, y no solo porque en la propia enumeración de del artículo 20.3 se prevea un supuesto distinto, como es, el recogido en su letra p) que se refiere a «tránsito de ganados sobre vías públicas o terrenos de dominio público local», sino porque dicha posibilidad viene siendo admitida por la jurisprudencia de forma reiterada. En dicho sentido cabe citar nuevamente, la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009, recaída en el recurso de casación 6385/2006 , seguida por las sentencias (2), de la misma Sección, de 22 de octubre de 2009 , en el recurso de casación en interés de ley 32/2008 y en el recurso de casación 5294/2006, relativas a la instalación por las entidades bancarias de cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública en las que se estimó procedente la tasa por producirse un aprovechamiento especial del dominio público por las entidades financieras, al llevarse a cabo una ocupación temporal y parcial de la vía pública por los usuarios, receptores de servicios bancarios, cuyo desarrollo es trasladado desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública; o la sentencia de dicha Sección 2ª, de 15 de septiembre de 2011, recaída en el recurso de casación 2078/2009 , que tuvo por objeto una Tasa establecida por el Ayuntamiento de Fontanar por el aprovechamiento especial de caminos municipales utilizados para el transporte áridos, en la que se concluye que existe dicho aprovechamiento especial derivado de una utilización de los caminos que excede del uso general y determina la obtención de una utilidad o ventaja.

Deteniéndonos en las referidas sentencias, pues ofrecen claves para la resolución de la litis, cabe señalar con relación a las primeras, referidas a la instalación por las entidades bancarias de cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública, que después de enumerar las tres circunstancias, antes expuestas, precisas para que la utilización del dominio público pueda generar tasas locales, sintetizar las posturas enfrentadas, y referir el «peculiar del servicio que realizan estas máquinas», razonan lo siguiente:

«En consecuencia, no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un aprovechamiento, no privativo pero si especial de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, subsumible en el art. 20 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales (...)

QUINTO. La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2004 (recurso num. 605/1999 ), en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el

Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles (...). El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial "del" dominio público, sino "desde" el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada.

En el caso de instalación de cajeros automáticos que aquí nos ocupa, el supuesto es distinto puesto que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no solo se usa "desde" el dominio público sino también "en" el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario. Su instalación no es para ser visto, como en el caso de los escaparates, sino para ser utilizado».

Por su parte la sentencia de 15 de septiembre de 2011, recaída en el recurso de casación 2078/2009 se razona lo siguiente:

«Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, cabe únicamente resolver si en caso de utilización de vehículos para el transporte de áridos se produce o no el aprovechamiento especial, que sería el hecho imponible de la tasa.

En este sentido, el artículo 1 de la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Fontanar determina que "La intensidad del tránsito de vehículos que transportan áridos por los caminos municipales, el tonelaje con el que transitan y el deterioro permanente que por tal motivo sufren dichas vías públicas, son circunstancias que hacen que sea especial este aprovechamiento de los caminos e implica restricciones de su uso para los vecinos y ciudadanos".

Por su parte, la sentencia de instancia aprecia y valora el carácter de aprovechamiento especial de los caminos públicos, que no siendo vías habituales para su utilización por vehículos, han de soportar los utilizados para el transporte de áridos, lo que sin duda alguna provoca, a la par que una ventaja singular para quien lleva a cabo el mismo, una restricción del uso general y una generación de coste para el Ayuntamiento, razón por la que se exige la correspondiente autorización, de conformidad con el artículo 78 del Reglamento de Bienes y según la previsión de los artículos 3.1, 7, 10 y 11 de la Ordenanza Municipal.

No puede por menos que confirmarse el criterio de la sentencia en la medida en que el transporte de áridos por caminos públicos municipales supone un uso de los mismos que excede del uso general y determina a la par que una restricción de éste último, la obtención de una utilidad o ventaja que justifica la imposición de una tasa».

#### Sexto.

La Administración demandada en su escrito de contestación sostiene que en el presente caso se dan las circunstancias enumeradas en la sentencia de 12 de febrero de 2009, para que la utilización del dominio público pueda generar tasas locales, esto es: a) Que se trate de un aprovechamiento especial o privativo; b) Que su uso sea legítimo, y c) Que los bienes sean de dominio público local

Así señala que se produce un «aprovechamiento especial del dominio público, motivado, sin duda por las especiales circunstancias de intensidad en el uso de las calles y plazas del centro histórico de Albarracín, consecuencia de las visitas guiadas, que se realizan por distintas empresas que, con carácter profesional, obtienen un lícito beneficio de la utilización de un bien de dominio público», añadiendo que «No está gravando la capacidad económica del turista, sino un determinado aprovechamiento especial del dominio público realizado no por quien es turista, sino por los sujetos pasivos de la Ordenanzas, que se benefician de dicha actividad, a partir del aprovechamiento especial que realizan del dominio público en su propio interés», argumento que reitera al señalar que se trata de «compatibilizar la concentración de visitantes usuarios de visitas guiadas y que excede del uso general en el casco histórico, con el uso habitual de los vecinos de la ciudad», afirmando que dicha actividad ocasiona molestias para el tránsito de viandantes y vehículos por las calles por las que transitan, cuestión en la que incide en informe de la Intervención municipal, reiterando que «la nota esencial y que realmente caracteriza al aprovechamiento especial del dominio público, es la que deriva de la "intensidad en el uso" de los bienes de dominio público que excedan del uso general de las vías y que sin duda concurre en la actividad regulada en la Ordenanza».

### Séptimo.

Discutido, según se desprende de lo hasta aquí expuesto que exista el afirmado por la Administración demandada aprovechamiento especial del dominio público local, resulta conveniente hacer unas consideraciones al respecto.

En principio señalar que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al regular la utilización de los bienes destinado al uso general distingue, en su artículo 85, los siguientes tipos de uso: «1. Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.- 2. Es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.- 3. Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados».

Por su parte, el artículo 75 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, dispone que «En la utilización de los bienes de dominio público se considerará: 1.º Uso común, el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará: a) General, cuando no concurren circunstancias singulares; b) Especial, si concurren circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante. 2.º Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados. 3.º Uso normal, el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte. 4.º Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino». En sentido análogo, al regular la utilización de los bienes de dominio y uso público, los artículos 72 y siguientes del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón, que dispone, en su artículo 74 que «el uso común especial es aquel en que concurren circunstancias singulares de intensidad, peligrosidad u otras similares».

La doctrina, al estudiar este uso común especial, señala que no deja de ser un uso común, en cuanto corresponde por igual a todos los ciudadanos e implica una utilización que no impide ni menoscaba el de los demás, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, pero que si bien constituye una utilización normal del bien se singulariza respecto del uso común por alguna característica suficientemente relevante como para sobrepasar el uso común produciendo un menoscabo de aquél. Así pues, nos encontramos ante un concepto indeterminado que otorga un cierto margen de apreciación, sin conferir, sin embargo, una potestad discrecional de calificación, siendo las circunstancias que limitan dicho margen de apreciación, en cuanto deben concurrir en la calificación del referido uso común especial, las siguientes: a) peligrosidad; b) intensidad; c) escasez y d) generación, por el aprovechamiento, de una rentabilidad singular a favor de quien lo realiza.

### Octavo.

El examen del escrito de contestación a la demanda revela, como antes se expuso, que se considera uso común especial, por cuanto sobrepasa el uso común general, y le genera un menoscabo debido por «las especiales circunstancias de intensidad en el uso de las calles y plazas del centro histórico de Albarracín» afirmando que la concentración de visitantes usuarios de visitas guiadas «que excede del uso general en el casco histórico», ocasiona molestias a los vecinos, así como al tránsito de viandantes y vehículos por las calles por las que transitan, afirmando que «la nota esencial y que realmente caracteriza el aprovechamiento especial del dominio público, es la que deriva de la "intensidad en el uso" de los bienes de dominio público que excedan del uso general de las vías y que sin duda concurre en la actividad regulada en la Ordenanza».

No obstante, dicha nota esencial, que es la intensidad, como fundamento para el establecimiento de la tasa, con relación a la actividad llevada a cabo por quienes realizan visitas guiadas con ánimo de lucro, no se justifica, a juicio de este Tribunal, en el caso enjuiciado. No se desconoce en absoluto, algo que afirma la exposición de motivos de la Ordenanza, y que es de conocimiento general, esto es, que «el turismo se configura como la actividad económica que más repercusión genera en Albarracín en términos de renta, empleo y actividad» y que «esta actividad turística, que ciertamente se ha constituido en el núcleo de la economía y que ha generado progreso

económico y social», lo cual, sin duda ha de determinar, como señala igualmente la exposición de motivos de la Ordenanza, la necesidad de actuaciones de mantenimiento e inversión por parte del Ayuntamiento para mantener lo que constituye fuente principal de su riqueza, en cuanto motor de la actividad económica y de «renta, empleo y actividad» para los vecinos.

No obstante, esta mayor intensidad de uso no se genera por la actividad realizada por los particulares o empresas que realizan visitas guiadas con ánimo de lucro, ya que el turismo ha existido, existe y existirá con independencia de que se lleve a cabo o no dicha actividad de guía turístico, siendo el turismo, y no la actividad de guía, el que genera dicha intensidad de uso. Lo que conlleva dicha actividad de guía es una ordenación de la visita turística por parte de los turistas que acuden al municipio, actividad que para los demás turistas y para los habitantes del municipio, conlleva molestias similares a las de una visita particular no organizada.

Afirma y reitera la Administración demandada que no se trata de gravar al turista o al turismo, sin embargo, dicha afirmación no se coherente completamente con lo explicitado en la exposición de motivos en la que se afirma que «para lograr este desarrollo sostenible se ha propuesto una tasa Un mecanismo, en definitiva, de solidaridad entre visitantes y residentes, interterritorial e intergeneracional (...). Es decir, el turista contribuye a mantener el territorio donde se desarrolla la actividad turística, el espacio donde él propiamente disfruta de sus vacaciones».

Así pues, la Ordenanza no se justifica en la intensidad de uso.

#### **Noveno.**

Es cierto que otra de las circunstancias que pueden determinar y determinan la existencia de un uso común especial es la generación, por el aprovechamiento del dominio público local, de una rentabilidad singular a favor de quien lo realiza.

Ciertamente la actividad de guía turístico utiliza el dominio público local para obtener un rendimiento, en cuanto según la definición de guías de turismo y demás guías de la Federación Mundial de Asociaciones de Guías de turismo «se considera actividad propia de los guías de turismo la prestación, de manera habitual y retribuida, de servicios de información, acompañamiento, orientación y /o asistencia, en materia cultural, monumental, artística, histórica y geográfica o natural (ecológica), a quienes realicen visitas a los bienes histórico-monumentales, culturales y naturales integrantes del Patrimonio Histórico» -el artículo 2 del Decreto 21/2015, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Guías de turismo de Aragón, en desarrollo del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, se aprobó el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, define a los guías de turismo como «Aquel profesional que presta, de manera habitual y retribuida, los servicios de información y asistencia a los turistas, en materia cultural, artística, histórica, geográfica y sobre el patrimonio natural, en sus visitas a los lugares establecidos en el artículo siguiente, y que dispone de la correspondiente habilitación o ha sido reconocida su cualificación profesional o encontrándose establecido en un Estado miembro de la Unión Europea presta libremente sus servicios, conforme a las correspondientes Directivas de la Unión Europea y sus normas de transposición»-, y mediante la visita guiada se discurre por la vía pública para mostrar la arquitectura civil, religiosa, panorámicas de la ciudad, teniendo en cuenta que la ciudad de Albarracín, en la provincia de Teruel, fue la primera ciudad de Aragón en ser declarada conjunto monumental mediante Decreto 1234/1961, de 22 de junio, del Ministerio de Educación Nacional, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 20 de julio de 1961 y desde la entrada en vigor de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés, Albarracín está protegida como bien de interés cultural, en la categoría de conjunto de interés cultural y, dentro de ésta, en la figura de conjunto histórico, definida en el artículo 12.2 de la citada norma, habiéndose, por Orden de 18 de abril de 2011, delimitado el conjunto histórico de Albarracín (Teruel) y su entorno de protección conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés.

Pero, a efectos de posibilitar la imposición de una tasa basada en el aprovechamiento del dominio público local, este aprovechamiento ha de ser especial, y el mismo tampoco se estima concurra, en el presente caso, como consecuencia de la actividad de los guías de turismo.

Así, cabe remitirse a las sentencias reseñadas, y parcialmente transcritas con anterioridad, ya que en el presente caso no nos encontramos ante el supuesto de hecho de las sentencias que resuelven la controversia de los cajeros automáticos, sino ante el supuesto que contempló la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004, recaída en el recurso 605/1999, que tenía por objeto examinar la cobertura legal de la Ordenanza del Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, en las que estimó ausencia de utilización privativa o

aprovechamiento especial del dominio público en la que se razona, frente a lo alegado por el Ayuntamiento que sostenía que «Teniendo en cuenta que las portadas, escaparates y vitrinas, así como los rótulos y carteles se instalan y tienen vistas hacia el dominio público, por cuanto todas ellas se instalan o están orientadas hacia calles o paseos de tal calificación, obteniendo de este modo el beneficio de una publicidad gratuita de los productos que se exponen por la concurrencia habitual de público en tales lugares, resulta evidente que responde perfectamente a la definición de uso especial de los bienes de dominio público que da el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, por cuanto se aprovecha de manera especial el dominio público local y las vistas hacia el mismo obteniéndose de tal aprovechamiento un beneficio económico evidente, sin que en ningún caso la regulación legal del Impuesto de Actividades Económicas excluya la posibilidad de que se establezcan precios públicos por los conceptos referenciados», que «(...) ha de excluirse que se dé un "aprovechamiento especial del dominio público", pues la instalación de Portadas, Escaparates y Vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las Portadas, Escaparates y Vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial "del" dominio público, sino "desde" el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada».

En el presente caso, ha de estimarse que los guías de turismo, no llevan a cabo una utilización especial "del" dominio público, sino "desde" el mismo, por cuanto sin perjuicio de que en su recorrido, como antes se expuso, utilicen vías públicas -calles, plazas y resto de obras públicas de aprovechamiento o utilización generales-, lo cierto es que su objetivo son los edificios, en su gran mayoría privados, que componen su conjunto monumental, por lo que tampoco cabe subsumir la cobertura de la Ordenanza en dicho supuesto.

#### **Décimo.**

Sostiene la Administración demandada que dicha tasa existe en otros municipios y cita los de Pastrana, Loja, Borja y Canfranc. Sin embargo, los supuestos enumerados por la misma no responden al mismo supuesto, y además su conformidad a derecho no es cuestión que afecte a este recurso. Así en el Ayuntamiento de Canfranc, si bien se estableció la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por prestación del servicio municipal de visitas guiadas en recorrido paisajístico y fotográfico, no puede desconocerse que el hecho imponible es, tal y como se intitula la Ordenanza -artículo 2- la prestación del «servicio municipal» de visita guiada. Y la ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por prestación de los servicios de visitas guiadas a monumentos, parajes turísticos, pueblos y ciudades, rutas turísticas, etc. de Pastrana y la ordenanza fiscal nº 26 reguladora de la Tasa por prestación de visitas guiadas a la ciudad de Borja, recogen en su, respectivo, artículo 2 como obligados al pago «quienes se beneficien de los servicios o actividades "prestados o realizados por este Ayuntamiento"», supuestos diversos de los aquí contemplados.

#### **Undécimo.**

Atendido lo hasta aquí expuesto no se estima que la Ordenanza controvertida, encuentre cobertura en el supuesto en el que pretende subsumirse, y por tanto, carece de cobertura legal, por lo que debe declararse la nulidad de pleno derecho pretendida, sin que sea preciso entrar en los demás temas controvertidos.

#### **Duodécimo.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJ , tras la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, y siendo la cuestión suscitada ciertamente controvertida en lo que respecta a la interpretación de la normativa vigente, no se estima procedente hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

### **F A L L A M O S**

#### **Primero.**

Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 317 del año 2016, interpuesto por ASOCIACIÓN DE GUÍAS DE TURISMO OFICIALES DE ARAGÓN , contra la Ordenanza citada en el encabezamiento de la presente resolución, y en su virtud declaramos la nulidad de pleno derecho de la misma, dejando la misma sin efecto.

**Segundo.**

No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de norma estatal o de la Unión Europea o recurso de casación ante este Tribunal por infracción de derecho autonómico, según lo previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio. Recurso que se preparará ante esta Sala, en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la resolución, por escrito que deberá cumplir los requisitos del artículo 89 del citado texto legal.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.