

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 12 Feb. 2009, rec. 6385/2006

Ponente: Martínez Micó, Juan Gonzalo.

Nº de Recurso: 6385/2006

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY 6900/2009

Exigencia de una Tasa a las entidades financieras por la instalación de cajeros automáticos en sus oficinas

TASAS Y EXACCIONES PARAFISCALES. Legalidad de la Tasa por instalación en establecimientos bancarios de cajeros automáticos en línea de fachada utilizables por el público desde la vía pública. La instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, 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. Ello comporta un aprovechamiento de la vía pública, no privativo, pero sí especial, por parte de la entidad bancaria, que obtiene un beneficio económico específico y exclusivo, siendo, por tanto, sujeto pasivo de la Tasa.

*El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto por la Confederación Española de Cajas de Ahorro contra sentencia del TSJ Les Illes Balears y confirma la legalidad de acuerdo municipal que aprueba expediente de modificación de la Tasa por la Ocupación del Subsuelo, Suelo y Vuelo de los Terrenos del Dominio Público Local, y que establece en su anexo las tarifas de la tasa para cajeros automáticos utilizables por el público desde la vía pública.*

#### Texto

En la Villa de Madrid, a doce de febrero de dos mil nueve.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. 6385/2006 interpuesto por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO, representada por Procurador y dirigida por Letrado, contra la sentencia n.º 905/2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares el día 7 de noviembre de 2006 (LA LEY 162315/2006) en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 166/2005 sobre Tasa por instalación en establecimientos bancarios de cajeros automáticos en línea de fachada utilizables por el público desde la vía pública, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca el 23 de diciembre de 2004.

Comparece como parte recurrida el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, representado por Procurador y bajo dirección de Letrado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 23 de diciembre de 2004 el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca aprobó definitivamente el expediente de modificación de la Tasa por la Ocupación del Subsuelo, Suelo y Vuelo de los Terrenos del Dominio Público Local, publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares del día 31 de diciembre de 2004, estableciendo en el apartado 17 de su Anexo las tarifas de la tasa para cajeros automáticos utilizables por el público desde la vía pública en función de la categoría de la calle donde se ubica el cajero, basadas en la clasificación de vías municipales aplicable al Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas.

**SEGUNDO.-** La Confederación Española de Cajas de Ahorro interpuso recurso contencioso-administrativo contra el apartado 17 del Anexo de la Tasa el 24 de febrero de 2005. En la demanda aducía, en resumen, que se trata de un supuesto de uso común general de la vía pública, que de ser un caso de aprovechamiento especial «... debe ser atribuido... al usuario...» y que el hecho imponible creado contraviene el artículo 20.1. del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales ya que el cajero «...no está ubicado en el dominio público sino en la fachada de un edificio que es de propiedad particular...», invocándose la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004, relativa no a cajero como el del caso sino a escaparates y vitrinas, y hasta siete sentencias de Juzgados de lo Contencioso dictadas entre 2002 y 2004.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares dictó sentencia con fecha 7 de noviembre de 2006 cuyo fallo era del siguiente tenor literal: «PRIMERO. Desestimamos el recurso. SEGUNDO. Declaramos ser conforme a Derecho la disposición recurrida. TERCERO. Sin costas».

**TERCERO.-** Contra la citada sentencia, la Confederación Española de Cajas de Ahorro preparó ante el Tribunal «a quo» el presente recurso de casación que, una vez tenido por preparado, fue interpuesto en plazo ante esta Sala, desarrollándose después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y formalizada por la representación procesal de la parte recurrida --Ayuntamiento de Palma de Mallorca-- su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 11 de febrero de 2009, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MIGÓ, quien expresa el parecer de la Sección

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Argumenta la sentencia recurrida que la instalación de cajeros automáticos en línea de fachada y orientados a la vía pública permite la utilización ininterrumpida por los usuarios de servicios bancarios y comporta la ocupación temporal y parcial de la vía pública, esto es, supone aprovechamiento especial de la vía pública por la entidad titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio específico y exclusivo que la tasa parcialmente rescata para contribuir así al natural y justo equilibrio compensatorio, de modo que ha de aceptarse que se trata de caso subsumible en el art. 20 de la Ley 39/88, donde se contiene una relación no tasada sino abierta, es decir, meramente enunciativa.

Así ha sido considerado ya, entre otras, por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha, Madrid y Cataluña. Esta última, en sentencias de 25 de abril (LA LEY 91572/2005) y 5 de mayo de 2005 (LA LEY 100694/2005), con cita de la de 7 de julio de 2000 (LA LEY 139970/2000), señalaba lo siguiente:

«a) Que el art. 41 de la Ley de Haciendas Locales (y desde la Ley 25/1998 de 13 de julio, el art. 20.1) contempla dos supuestos de hecho: por un lado, la utilización privativa y, por otro, el aprovechamiento especial de los bienes

de dominio público local. En el presente caso la contraprestación pecuniaria se exige de la entidad recurrente ya que ésta resulta beneficiada de las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, produciéndose por éstos una utilización del dominio público local, cual es la vía pública, obteniendo de este modo el Banco la contraprestación pecuniaria correspondiente al servicio público.

b) Que «la Sala, ponderando las circunstancias del caso y su posible subsunción en la norma que tipifica el hecho imponible, entiende desestimable el recurso puesto que, si atendemos a la función, finalidad y ubicación del cajero automático dispuesto con frente directo a la vía pública en línea de fachada (no en el interior del local en que el banco desarrolla su actividad), se constata que mediante este sistema operativo, usual ya en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento de un espacio exterior, la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones, incluso fuera del horario comercial, sin necesidad de utilizar las propias dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad y que traslada a la vía pública el desarrollo de los servicios que habrían de ser realizados en el interior.

c) Que tratándose, por tanto, de un servicio económico del que el banco obtiene el consiguiente provecho y ventaja, que se presta en línea de fachada, hacia el exterior, que permite atender al público que deambula por la acera, y siendo en la propia vía pública donde se presta dicho servicio, hay que concluir que se produce una utilización privativa de bienes del dominio público local, como ya apuntó la Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Barcelona de 24 de enero de 1987: «si un aparato automático se encuentra instalado en el interior de un establecimiento no puede sostenerse que se haya producido un aprovechamiento especial de bienes públicos, si bien es cuestión diferente la posible utilización indirecta de la vía pública cuando los elementos se encuentren instalados en inmuebles sin salir de la línea de fachada»,

**SEGUNDO.**- Los motivos en los que se fundamenta el recurso de casación son los siguientes:

1º) Al amparo del art. 88.1d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, con infracción de los arts. 20 y 57 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en relación con los arts. 31.3 y 133.2 de la Constitución Española y del art. 106.1 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y los arts. 2.2.a) y 8 de la Ley General tributaria y jurisprudencia conexas.

2º) Al amparo de la letra 1.d) del art. 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente la vulneración del ejercicio libre del uso de las vías públicas reconocido en el art. 76 del Real Decreto 1372/1986,

La utilización del cajero automático instalado en la fachada de una oficina de una Caja de Ahorros supone un aprovechamiento común general de la vía pública en la que se encuentra esa fachada, por lo que la tasa que se pretende imponer constituye una vulneración del art. 76 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

3º) Al amparo de la letra 1.d) del art. 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente la vulneración del art. 23.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, desconociendo la naturaleza no contributiva de la tasa y Jurisprudencia conexas.

TERCERO.- 1. A raíz de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (LA LEY 726/1996), de 14 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de Tasas y Precios Públicos, se dictó la Ley 25/1998, de 13 de julio, que modificó los arts. 26,1.a) de la Ley General Tributaria 230/1963, 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (LRHL), precepto este último que pasó a disponer que las Entidades locales --cualquiera que sea la naturaleza del sujeto activo: municipios, provincias, entidades supramunicipales y entidades de ámbito territorial inferior al municipio-- podían 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, añadiéndose que, 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...

El que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local diese origen al abono de una tasa constituyó sin duda la innovación más significativa de la tesis de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (LA LEY 726/1996), que sacó del campo de los precios públicos este supuesto, retornando así a la tradicional doctrina que arranca de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958, que conceptuó la utilización del dominio público como generadora del pago de una tasa, habiéndose mantenido así en toda la normativa posterior hasta la promulgación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en la cual esta actividad pasó a conceptuarse como generadora del abono de un precio público.

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.

El régimen jurídico actualmente vigente en esta materia viene constituido por lo dispuesto en los arts. 20 a 22 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo,

2. Partiendo de lo que se deja expuesto es cuando puede precederse a resolver la cuestión planteada en este recurso de si es, o no, posible exigir una tasa por parte de los municipios a las entidades financieras como consecuencia de la instalación por parte de éstas de cajeros automáticos utilizables por el público desde la vía pública.

Cuando se encuentren en el interior del local de las entidades bancarias carecerá, claramente, de cobertura legal la exigencia de una tasa pues no puede entonces sostenerse que se haya producido un aprovechamiento especial de bienes públicos. Cuestión distinta, que no ha sido planteada, sería la posible utilización indirecta de la vía pública cuando el cajero se encuentre instalado en inmuebles sin salir de su línea de fachada.

CUARTO.- La cuestión litigiosa se centra en determinar si existe un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros electrónicos colocados en las fachadas de los locales de las sucursales bancarias y que el cliente utiliza desde la calle. El uso en la vía pública de los cajeros es el que normativamente contiene la Ordenanza reguladora del tributo --que aquí se recurre- para definir el hecho imponible.

El problema ha recibido dos tratamientos distintos:

a) Para unos no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el breve tiempo que dura el servicio del cajero, tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. La respuesta negativa supondría la nulidad de la Ordenanza Fiscal que incluyera ese hecho entre los imposables de la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público,

b) Para otros, aunque el cajero esté instalado dentro del local del establecimiento bancario, es utilizado desde fuera de él, ocupándose la vía pública de un modo especial, muy distinto del mero transitar.

Ciertamente, el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; sólo mientras los usuarios efectúan las operaciones que tales máquinas permiten, ocuparían la vía en el concreto lugar donde este ubicado el cajero, Pero si la instalación de un cajero automático en la vía pública no cabe calificarla como de utilización privativa, sí comporta un aprovechamiento de aquélla que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de marzo de 2006 (LA LEY 40361/2006), recurso núm. 453/2004) y es que no cabe desconocer lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo para obtener dinero; éste se expide desde el interior del edificio pero se recibe en la vía pública: Pero aparte de la obtención de dinero efectivo, los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras (ex sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de la Jurisdicción de Burgos de 22 de septiembre de 2006 (LA LEY 113371/2006), recurso apelación núm. 75/2006); en efecto, mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades, ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005 (LA LEY 91572/2005)).

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 bancarias a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un aprovechamiento, no privativo pero sí 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, donde se contiene una relación no cerrada sino abierta, es decir, meramente enunciativa, de los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa (ex sentencia de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 10 de enero de 2008 (LA LEY 10332/2008), recurso de apelación núm. 584/2007; en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero (LA LEY 21299/2004) y 31 de mayo de 2004 (LA LEY 127664/2004).*

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 (LA LEY 13086/2004) (recurso núm. 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. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, 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 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.

SEXTO.- Otra de las cuestiones planteadas en el recurso que nos ocupa es la de quien es el sujeto pasivo de esta tasa, si los clientes que utilizan el cajero o la propia entidad financiera titular del mismo. El art. 23.1 de la Ley de Haciendas Locales considera como sujeto pasivo de la tasa, en concepto de contribuyente, al que disfrute, utilice o aproveche especialmente el dominio público local en beneficio particular.

La Sala entiende que el aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide por tanto su inclusión en el art. 75 del Real Decreto 1372/1986, Reglamento de bienes de las Entidades Locales, como uso común especial (ex sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 8 de febrero de 2005 (LA LEY 30086/2005)).

Tratándose de un servicio financiero al cliente del que el Banco obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil, la contraprestación pecuniaria representada por la tasa debe exigírsele a los bancos o cajas de ahorro ya que son éstos los que resultan beneficiados por las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, al ser en la vía pública donde se presta dicho servicio (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005 (LA LEY 91572/2005)).

SÉPTIMO.- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente, sin que los honorarios del Letrado del Ayuntamiento de Palma de Mallorca puedan exceder de 3,000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la Confederación Española de Cajas de Ahorro contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares el día 7 de noviembre de 2006 en el recurso núm. 166/2005, con imposición de las costas causadas en este recurso de casación a la parte recurrente con el límite, en cuanto a los honorarios del Letrado de la parte recurrida, indicado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Rafael Fernández Montalvo.--Manuel Vicente Garzón Herrero.--Joan Gonzalo Martínez Mico.--Emilio Frías Ponce.--Manuel Martín Timón.--Ángel Aguillo Avilés. Rubricados.-

#### PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICO, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico,