

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 8/2025, de 13 de enero de 2023**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 4515/2023***SUMARIO:**

ITP y AJD. Transmisiones patrimoniales onerosas. Hecho imponible. *Instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública. Desplazamiento patrimonial.* El objeto de este recurso de casación, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, consiste, en primer término, en determinar si el aprovechamiento especial del dominio público, permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública, constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los arts 7.1.B) y 13.2 del TRITPAJD. Debe abordarse si el aprovechamiento especial del dominio público, otorgado por autorización administrativa y que permite instalaciones para la actividad de restauración en la vía pública, constituye un hecho imponible del ITPAJD, modalidad TPO, por equiparación a las concesiones administrativas. La entidad mercantil recibió requerimiento de la Agencia Tributaria, para que presentase autoliquidación del ITP, por la instalación de una terraza en la vía pública que le había autorizado el Ayuntamiento. El interesado respondió manifestando que no estaba obligado a presentar declaración, al abonar la tasa por la ocupación de la terraza. El TEAR resolvió que no se produce un auténtico desplazamiento patrimonial en favor de la entidad privada, esto es, el traslado del dominio del suelo público, que sólo es «utilizado» en una determinada franja horaria fuera de la cual mantiene el uso público y sin que esta «utilización privada» sea excluyente de su uso público, por lo que no puede considerarse que se produzca el requisito exigido por el art. 13.2 del TR Ley ITP y AJD en cuanto a desplazamiento patrimonial. Remitiéndose a la STS 1/2025, de 7 de enero de 2025, recurso n.º. 4830/2023, considera la Sala que para que se equipare un acto o negocio administrativo a una concesión administrativa a efectos del impuesto deben cumplirse dos requisitos: que se produzca desplazamiento patrimonial y que este desplazamiento sea consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público. La Sala considera que para aclarar con exactitud cuál sea en este caso la modalidad e intensidad del uso demanial, debería la Generalidad haberse esforzado en señalar en el proceso las condiciones específicas del aprovechamiento especial del dominio público local que se supone conferido con la autorización -y por el que ya se abona una tasa municipal- a fin de calibrar esa intensidad de uso, las condiciones en que se desarrolla, los horarios y, en suma, la compatibilidad con el uso común por viandantes o los clientes de los establecimientos de hostelería. No es el título autorizatorio -que no es concesional ni reúne las notas esenciales para serlo- el que habilita para el desarrollo de una actividad, ni hay en el asunto debatido explotación económica del dominio público. La explotación económica lo es de una actividad privada, no del dominio público viario, máxime cuando no conocemos las circunstancias bajo las que fue autorizado este uso especial. De ser así, la retribución que, mediante tasa, satisface el usuario que obtiene la licencia o autorización, estaría subordinada a las resultas de la explotación económica; de igual modo, es ajeno a la relación jurídico-pública en que se sustenta la autorización esa idea de beneficio o, en la opinión de la Generalidad "...generándole una evidente rentabilidad económica derivada de la ampliación de su negocio de restauración a un espacio público". La equiparación que efectúa la Administración recurrente supone una aplicación extensiva, o aun analógica, del hecho imponible a casos que, con nitidez, quedan *extra muros* de sus linderos, lo que se realiza asignando al aprovechamiento especial sobre el demanio obtenido mediante mera autorización, siempre, un efecto de desplazamiento patrimonial. Pero de ser así, carecería de toda lógica y sentido que ese derecho, como tal, investido del efecto inherente y automático de desplazamiento patrimonial, no figurase entre las transmisiones que conforman el hecho imponible. No existe una retribución del particular a la Administración, como medida económica y cuantificación fiscal del derecho transmitido. El Tribunal Supremo fija como doctrina que "el aprovechamiento especial del dominio público permitido a través de la

Síguenos en...

autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública no constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas”, porque no concurre el requisito de desplazamiento patrimonial. El aprovechamiento especial del dominio público permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública no constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los arts. 7.1.B) y 13.2 TR Ley ITP y AJD. La equiparación que aparentemente efectúa el artículo 13.2 del Texto refundido entre las concesiones administrativas -por las que se constituye un verdadero derecho real *in re aliena*, sobre el demanio- y las autorizaciones para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público -en este caso, terrazas de establecimientos de hostelería en la vía pública- debe ser interpretado en el sentido de que no todo aprovechamiento especial del demanio, por sí solo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, a efectos de su gravamen por el impuesto que nos ocupa. En todo caso, la constatación del requisito del desplazamiento patrimonial a efectos del gravamen de una autorización para el aprovechamiento especial del dominio público requiere un examen del contenido y circunstancias presentes en dicha autorización, por ser relevante a efectos fiscales».

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO SALA TSJ 2079/2021 - RECURSO ORDINARIO 907/2021

Partes: GENERALIDAD DE CATALUÑA c/ TEARC y "PANSFOOD, S.A.U."

En aplicación de la normativa española y europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil penal.

SENTENCIA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 8/2025

Fecha de sentencia: 13/01/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4515/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/11/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Jose Antonio Naranjo Lemos

Transcrito por: CCN

Nota:

R. CASACION núm.: 4515/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Jose Antonio Naranjo Lemos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 8/2025

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco José Navarro Sanchís, presidente

D. José María del Riego Valledor

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 13 de enero de 2025.

Síguenos en...

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Segunda por los/a Excmos/a. Sres/Sra. Magistrados/a indicados al margen, el recurso de casación núm. **4515/2023**, interpuesto por la **GENERALITAT DE CATALUÑA**, representada y defendida por el Letrado de su Servicio Jurídico, contra la sentencia núm. 1304/2023, de 3 de abril de 2023, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso núm. 3662/2021.

Ha comparecido como parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, bajo la representación que le es propia del Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Resolución recurrida en casación.

Este recurso de casación tiene por objeto la mencionada sentencia dictada el 3 de abril de 2023 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso núm. 3662/2021 interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña [«TEAR»] de 29 de septiembre de 2021 que, a su vez, había estimado la reclamación de la contribuyente, doña Milagros, contra la liquidación de la Agencia Tributaria de Cataluña por el concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados [«ITPAJD»], modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

La sentencia aquí recurrida, que cuenta con tres votos discrepantes, tiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el LETRADO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra la resolución dictada por el TEARC de fecha 29/9/2021.

2º.- NO HA LUGAR imposición de costas» (sic).

SEGUNDO. Preparación del recurso de casación.

1.La representación procesal de la Generalitat de Cataluña presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos los artículos 7.1.B) y 13.2. del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados [«TRITPAJD»].

2.La Sala de instancia, por auto de 1 de junio de 2023, tuvo por preparado el recurso de casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo comparecido, de un lado, el letrado que representa a la Generalitat de Cataluña, como parte recurrente, y de otro, el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración General del Estado, como parte recurrida, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

TERCERO. Admisión e interposición del recurso de casación.

1.La Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en auto de 24 de abril de 2024, apreció que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

"[...] 1) Determinar si el aprovechamiento especial del dominio público, permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los artículos 7.1.B) y 13.2 del TRITPAJD.

2) Precisar si la equiparación que aparentemente efectúa el artículo 13.2 del Texto refundido entre las concesiones administrativas -en la medida en que, por medio de ellas, se constituye un verdadero derecho real in re aliena, sobre el demanio, inscribible registralmente- y las autorizaciones para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público -en este caso, terrazas de establecimientos de hostelería en la vía pública- permite o no interpretar el precepto en el sentido extensivo de que cualquier aprovechamiento especial que recaiga sobre el demanio, por sí solo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, a efectos de su gravamen por el impuesto que nos ocupa.

3) Identificar, en caso de responderse afirmativamente ambas preguntas precedentes, en qué consistiría el desplazamiento patrimonial de facultades del dominio público en favor del titular del

Síguenos en...



establecimiento, autorizado al uso común especial mediante un acto de autorización -más allá del propio uso común especial a que la autorización faculta-

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. El artículo 7.1.B) TRITPAJD.

3.2. El artículo 13.2 TRITPAJD.

Sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

2. El Abogado de la Generalitat de Cataluña, actuando en su representación y defensa, interpuso recurso de casación mediante escrito registrado el 11 de junio de 2024, que observa los requisitos legales y en el que se mencionan como normas jurídicas infringidas las que han quedado citadas.

En relación con la primera cuestión de interés casacional recogida en el auto de admisión y tras reproducir el tenor de los artículos 7.1.b) y 13.2 del TRLITPAJD, señala que la redacción del precepto es clara y no deja margen de duda en cuanto al contenido del hecho imponible: a los efectos de la aplicación del impuesto de TPO, los actos que atribuyan un uso privativo o un aprovechamiento especial sobre bienes de dominio o uso público constituye hecho imponible, cuando se origine un desplazamiento patrimonial a favor del particular autorizado.

Sostiene que la autorización administrativa para la instalación y explotación de una terraza en un espacio público, sea a través de un aprovechamiento especial sea a través de un uso privativo con instalaciones desmontables, entra plenamente dentro de la definición del hecho imponible del impuesto sobre TPO: y ello por cuanto (i), por una parte, la atribución de un aprovechamiento especial y de un uso privativo conforma parte del hecho imponible y (ii), en segundo término, porque la traslación de la facultad de explotación económica del dominio público constituye un verdadero desplazamiento patrimonial.

Entiende que la interpretación que propugna la Sala a quoinfringe claramente los artículos 12.1 LGT y 3.1 del Código Civil "[...] por cuanto es indiscutible que el Legislador ha pretendido incluir dentro de la imposición indirecta la atribución de un aprovechamiento especial y de un uso privativo del dominio público y equiparar, a los solos efectos tributarios, su autorización o licencia a una concesión administrativa".

Añade que el primer criterio de exégesis del precepto legal es el literal por aplicación de los artículos 12.1 LGT y 3.1 del CC, por lo que carece de toda motivación el intento de cercenar injustificadamente la voluntad del legislador en este punto, toda vez que ha delimitado de un modo expreso que el hecho imponible del tributo abarca la atribución de un uso privativo y de un aprovechamiento especial sobre un bien demanial.

Concluye en este punto que la redacción del art. 13.2 TRLITPAJD abarca necesariamente, dentro del hecho imponible del tributo, las autorizaciones administrativas que atribuyen un uso privativo o un aprovechamiento especial sobre el dominio público para la instalación y explotación económica de una terraza destinada a la actividad de restauración.

Por otra parte, analiza los títulos habilitantes objeto de equiparación y señala que entre las concesiones y las autorizaciones demaniales no existe una desvinculación tan sustancial que impida que el legislador tributario pueda equipararlas -a meros efectos de tributación- cuando delimita el hecho imponible del impuesto sobre TPO. Atendiendo, por una parte, al alcance de aquello que es objeto de habilitación -uso privativo o aprovechamiento especial del demanio-, nos encontramos ante dos actos administrativos -concesión y autorización- que, con sus respectivas peculiaridades, no tienen otro objeto que habilitar al particular a hacer un uso más intensivo del demanio público que el permitido por el uso general común de todos los ciudadanos. Prueba de ello es que el art. 86 de la LPAP regula conjuntamente los títulos habilitantes de la utilización de los bienes destinados al uso general con la siguiente previsión "2. El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.". Sólo el uso privativo que determine la ocupación del dominio público con obras e instalaciones fijas exige el otorgamiento de una concesión demanial (art. 86.3 LPAP).

Si bien es evidente que el régimen de otorgamiento de cada título es distinto y de que existen previsiones normativas específicas en el régimen de las dos instituciones, esas naturales diferencias deben reputarse adjetivas a los efectos que el legislador tributario pueda establecer una equiparación impositiva que se deriva de la transmisión en ambos casos de un haz de facultades sobre el dominio público, ya sea vía autorización demanial, ya sea vía concesión demanial, que origina un desplazamiento patrimonial a favor del beneficiario.

Síguenos en...

Añade que la atribución de un derecho real temporal sobre determinadas obras o instalaciones no puede ser nunca un requisito constitutivo del hecho imponible.

Sostiene que en el supuesto de hecho que aquí nos ocupa, concurren los elementos descritos en el art. 13.2 del TRLITPAJD, y así lo reconoce el TEARC en su resolución a excepción del desplazamiento patrimonial, dado que la licencia/autorización otorgada por el ayuntamiento supone la atribución del aprovechamiento especial de bienes de dominio público que, además, comporta un exceso de utilización sobre un uso común y un desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, debe de reputarse plenamente comprendido dentro del art. 13.2 TR LITPAJD.

Afirma que es esencial en la figura tributaria la transmisión de un derecho de la Administración al particular-consistente en la atribución al particular autorizado de un haz de facultades y un conjunto de privilegios que configuran el aprovechamiento especial conferido y que permiten equiparlo a una concesión demanial, a los efectos del tributo- y la existencia de una contraprestación del particular a la Administración, como medida económica y cuantificación fiscal del derecho transmitido.

Concluye, en este punto, que el otorgamiento de la autorización supone una habilitación y ampliación de la capacidad jurídica del particular autorizado para el ejercicio de una actividad económica y constituye el requisito indispensable para el desarrollo de dicha actividad sobre el dominio público.

En relación con la segunda cuestión de interés casacional -es decir, "si permite o no interpretar el precepto en el sentido extensivo de que cualquier aprovechamiento especial que recaiga sobre el demanio, por sí solo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, a efectos de su gravamen"-debe responderse negativamente por dos motivos.

Por una parte, la inclusión de las autorizaciones administrativas para la instalación de terrazas en la vía pública dentro del hecho imponible del impuesto sobre TPO definido en el art. 7.1.B) no precisa en ningún caso de una interpretación extensiva del art. 13.2 del TR LITPAJD, habida cuenta de que los términos en que se encuentra redactado el precepto abarcan este tipo de autorizaciones administrativas -en la medida que se trata de actos administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, que suponen la atribución del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público-. Y, en segundo lugar, afirma que el art. 13.2 del TRLITPAJD no dispone expresamente que cualquier aprovechamiento especial que recaiga sobre el dominio público, por sí solo, origine un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, pues exige dos requisitos para que se produzca la equiparación de un acto administrativo autorizante del aprovechamiento especial con la constitución de una concesión: que se trate de un acto o negocio jurídico que confiera un uso privativo o un aprovechamiento especial sobre el demanio público y que, en virtud del mismo, se origine un desplazamiento patrimonial a favor del particular. Considera que el art. 13.2 no prevé que cualquier aprovechamiento especial que recaiga en el demanio público origine necesariamente un desplazamiento patrimonial, sin perjuicio de que en el caso de autorizaciones para instalar terrazas en la vía pública para la explotación de un negocio de restauración sí que se produce el referido desplazamiento patrimonial.

Señala que la atribución de la autorización constituye el requisito indispensable para el desarrollo de la actividad económica e incorpora un valor que pasa al patrimonio de la persona o entidad autorizada y que constituye el hecho imponible del impuesto sobre TPO. Cita las SSTs de 18.06.2010 (recurso de casación núm. 1967/2005 - Roj: STS 3478/2010) y de 23 de setiembre de 2013 (Roj: STS 4627/2013).

Afirma que el requisito del desplazamiento patrimonial implica una transferencia de un uso o aprovechamiento de la Administración al particular, lo que constituye la transmisión gravable y pone de manifiesto de forma indirecta capacidad económica gravable; y, así, en el caso de celebración de actos o contratos por los que se transmite un aprovechamiento especial de dominio público o la atribución del uso privativo del mismo, el desplazamiento patrimonial se produce por el simple hecho de la integración en el patrimonio del particular de un valor económico derivado del aprovechamiento especial del dominio público; más concretamente, el mero "aprovechamiento especial" (que no impide el uso común, aunque sí lo limita o restringe) comporta un desplazamiento patrimonial en favor del titular de la autorización.

En el supuesto que nos ocupa, mediante la autorización administrativa otorgada por el Ayuntamiento que habilita a la explotación de la actividad económica de restauración en zona de dominio público, lo que tiene lugar es la transferencia al autorizado de un conjunto de facultades o privilegios que permiten equiparar este acto administrativo a una concesión administrativa demanial, a efectos de sujeción al impuesto.

Considera que la interpretación adecuada es que con la autorización para instalar y explotar la terraza, en tanto que actividad de restauración, existe un desplazamiento patrimonial en la

medida que se le habilita para la explotación económica del espacio público - concretamente, para el desarrollo de su actividad sobre la vía pública, permitiendo su ocupación por parte del beneficiario autorizado-, y que se le restringe a cualquier otro ciudadano o usuario del demanio el uso general que le corresponde, e incluso al titular de la vía, que no pueden parar, ni estacionar, ni destinar el suelo afectado por la autorización de la terraza a ningún uso, debiéndose respetar y mantener el citado aprovechamiento especial o uso privativo por el beneficiario. Hay que entender que, ciertamente, se produce un desplazamiento con evidente contenido patrimonial a favor del autorizado de un verdadero haz de facultades de entidad jurídica y determinada oponibilidad incluso frente a la Administración concedente -en la medida que sólo serían revocables ante la concurrencia de una causa justificada de interés público que así lo amparara de acuerdo con la norma aplicable-.

A mayor abundamiento, añade que la modalidad de TPO del impuesto grava determinados negocios jurídicos que tienen causa onerosa; en el caso de las autorizaciones sobre el dominio público, por las cuales el autorizado satisface una tasa, ésta es la contraprestación o precio establecido a cambio de la atribución y el disfrute de una utilidad sobre el demanio público, y, en consecuencia, conforma la base imponible del impuesto que ahora nos ocupa.

En definitiva, la autorización objeto del presente recurso conforma el hecho imponible definido en el art. 13.2 del TR LITP-ADJ ya que implica la atribución al particular de la posibilidad de llevar a cabo su actividad empresarial sobre unos bienes de dominio público, durante mayor o menor tiempo dentro de la jornada diaria, los cuales resultan indisponibles para el resto de usuarios, dado que, únicamente, el titular de la autorización puede hacer uso de ellos.

Deduca las siguientes pretensiones y pronunciamientos:

"1. que se fije como criterio interpretativo que los supuestos en que se otorgue una autorización administrativa que atribuya un aprovechamiento especial para la instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública constituyen un hecho imponible del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aplicación de los art. 7.1.B) y 13.2 del TR LITP-AJD;

2. que, aplicando la interpretación interesada de los art. 7.1.B) y 13.2 del TR LITP-AJD, declare que ha lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, se case y anule la Sentencia de instancia impugnada; y

3. que resuelva el litigio en los términos en que se ha planteado el debate y, en su mérito, que estime el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1644/2021 - recurso SALA TSJ 3662/2021- seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y anule la resolución del TEARC impugnada, confirmando la liquidación girada por la Agencia Tributaria de Catalunya; y que condene en las costas de la instancia a la parte recurrida".

Termina solicitando a la Sala que:

"[...] dicte sentencia por la cual fije el criterio interpretativo expresado en la alegación Segunda de este escrito; declare que ha lugar a la casación de la citada Sentencia núm. 1304, de 3 de abril de 2023 y la anule; y, en su mérito, estime el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1644/2021 - recurso SALA TSJ 3662/2021 seguido ante la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando la resolución del TEARC impugnada y declare la conformidad a derecho de la liquidación girada por la Agencia Tributaria de Catalunya; y condene en las costas de la instancia a la parte recurrida".

CUARTO. Oposición del recurso de casación.

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, emplazado como parte recurrida en este recurso de casación, presentó escrito de oposición registrado el 2 de julio de 2024.

Aduce que la única cuestión controvertida es la consistente en qué debe entenderse por "desplazamiento patrimonial", dado que de los términos de la resolución del TEAR de Cataluña, "la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público" es una cuestión pacífica ya admitida.

Aborda la caracterización del concepto jurídico indeterminado de desplazamiento patrimonial, bajo los siguientes patrones:

A.- Actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante. Control previo versus otorgamiento de facultad.

La primera nota es que "la Administración obtiene la colaboración de un particular, bien para la prestación de un servicio público -concesión de servicios- bien para el aprovechamiento del dominio público -concesión demanial-" (el aprovechamiento especial es nuestro caso), como

expresa la sentencia 4627/2013, de 23 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de casación 1856/2012 (ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco), en cuyo Fº segundo, tras reiterar que el ITPyAJD, "utiliza una noción de concesión de perfiles más amplios que los que caracterizan a esa institución en el ámbito estrictamente administrativo", refiriéndose a la producción de energía eléctrica, extrae la siguiente conclusión:

"... (la) atribución del uso privativo del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial a favor de particulares, ha de convenirse con la sentencia de instancia que la autorización habilitando la instalación ... para generación de electricidad, en cuanto otorga dicha facultad, **no** constituyendo un mero control previo, es requisito insoslayable para el desarrollo de dicha actividad, que incorpora un valor económico que pasa al patrimonio de la entidad autorizada, constituyendo el hecho imponible gravado."

Lo que, a sensu contrario, cuando no se traslada al particular por la Administración una previa competencia administrativa ("en cuanto otorga dicha facultad" dice literalmente la sentencia), sino que constituye un mero control previo sin traslado de facultades de la Administración al administrado, no concurre el desplazamiento patrimonial.

B.- El desplazamiento patrimonial comporta la cesión de instalaciones. En defecto de existencia de estas, la realización de obras e instalaciones necesarias para la explotación del servicio.

En efecto, caso de existir ya las instalaciones, la citada sentencia 2781/2010, de 17 de mayo, señala en el párrafo penúltimo de su fundamento de derecho tercero que, para que concurra el desplazamiento patrimonial, ha de existir cesión de las instalaciones:

"En cualquier caso, se ha de tener presente que, como con rotundidad proclaman los jueces a quo, el contrato comporta la cesión de las instalaciones que conforman la estructura de los servicios, determinándose la retribución del contratista y pactándose el pago anticipado del canon."

En suma, transferencia de actividad prestacional (aspecto jurídico) y cesión de instalaciones (aspecto material derivado de la anterior e inherente a la misma) conforman el desplazamiento patrimonial.

En defecto de dichas instalaciones, la sentencia 3478/2010, de 18 de junio, pronunciada en el recurso de casación 1967/2005, considera característica del desplazamiento patrimonial "...la realización de las obras e instalaciones necesarias para la explotación del servicio".

C.- Incorporación de hecho al dominio público.

Esta característica del "desplazamiento patrimonial" es puesta de manifiesto en la sentencia 3478/2010, de 18 de junio, que examina la explotación publicitaria del mobiliario urbano y, más concretamente, las marquesinas de las paradas del servicio público de transporte urbano. En este contexto, sostiene la sentencia:

"... lo determinante a los efectos fiscales es si de la celebración del contrato con el ayuntamiento se origina un desplazamiento patrimonial en favor de la entidad contratante al colocarla en situación de obtener un beneficio especial con motivo de la prestación de un servicio público o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, circunstancias éstas que debe entenderse que concurren en el caso del presente recurso, donde con ocasión del servicio público de transporte de viajeros por vías urbanas, aunque éste no sea explotado por la recurrente, sí se concede al contratista la facultad de explotar bienes que **se incorporan de hecho al dominio público**, permaneciendo unidos al mismo durante todo el tiempo de duración del contrato, ..."

D.- Indisponibilidad a los usuarios.

Otra de las características del desplazamiento patrimonial se plasma en la citada sentencia 3478/2010, de 18 de junio, referida a la explotación publicitaria de las marquesinas, en cuyo párrafo séptimo del apartado 2 del F.J. quinto, después de contemplar la incorporación de facto al dominio público, continúa diciendo:

"... bienes que quedan **indisponibles** para todos los usuarios del transporte urbano de viajeros, pudiendo solamente la contratante disponer de ellos y a los limitados fines de publicidad establecidos en el contrato."

E.- Acerca de quiénes deben realizar el pago.

Finalmente, la citada sentencia 3478/2010, de 18 de junio, se refiere a los obligados al pago en el párrafo último del mismo F.J. quinto:

"En el presente caso, resulta evidente que el contrato suscrito por el Ayuntamiento de Madrid es un contrato administrativo que concede a CEMUSA un uso privativo o aprovechamiento especial de las vías públicas, al establecer en ellas marquesinas, que le permiten obtener un desplazamiento patrimonial a su favor a través de la explotación de los espacios destinados a publicidad **que pagan los empresarios o entidades anunciantes y no los usuarios** del

transporte urbano de viajeros, sin que pueda aceptarse, por tanto, que el dominio público vial no está sometido a la utilización privada del concesionario CEMUSA como explotador publicitario y que sólo están afectas al uso general de los usuarios del transporte urbano."

Partiendo de la caracterización general expuesta, el Abogado del Estado traslada tales notas al supuesto examinado, para llegar a la conclusión de que no concurren en su integridad, determinando la desestimación de la casación:

A.- Inexistencia de actividad prestacional competencia de la Administración.

Afirma que la utilización parcial y temporal de la vía pública mediante la instalación de terrazas para la actividad de restauración no constituye de ningún modo actividad prestacional propia e inherente a la Administración pública, en este caso municipal. Por su propia naturaleza, la vía pública está caracterizada por la susceptibilidad de tránsito a través de la misma por los ciudadanos, lo que es extraño a cualquier prestación de competencia pública.

Por tanto, se aproxima al control previo, ya que el otorgamiento de las facultades no deriva de una actividad prestacional propia e intrínseca de la Administración municipal, sino que está en relación única y exclusivamente con el uso público de la vía pública.

B.- Inexistencia de cesión de instalaciones. No realización de obras.

Precisamente por la propia significación intrínseca de la vía pública y el destino de las terrazas para ejercicio de actividad de restauración, no cabe hablar propiamente de cesión de previas instalaciones -ni de terrazas, ni de ningún otro tipo- por la Administración municipal ya que tales instalaciones, con carácter previo a la actividad de terraza, son por completo inexistentes en dicha vía pública.

Tampoco comporta la realización de obras como las consideradas por este Tribunal Supremo en instalaciones de energía eléctrica (subestaciones, transformadores, uso del terreno o subsuelo de las vías públicas para cables eléctricos, registros), o las de suministro de agua potable, gas y explotación de autopistas de peaje; ninguna de esas obras tiene lugar en la instalación de terrazas que, como regla general, se caracterizan por la situación de mesas y sillas en la vía pública, que son susceptibles de ser recogidas, dejando expedita y libre la vía pública fuera del horario al que alcanza la autorización.

C.- Falta la incorporación de facto al dominio público.

Consecuencia inmediata de lo anterior (ni existen instalaciones de la Administración concedente; ni es precisa la realización de obras), el mobiliario (mesas y sillas instaladas en la terraza) permanece íntegramente en el pleno dominio del titular de la restauración en todo momento, esto es, no sólo fuera del horario autorizado, sino también cuando se está prestando el servicio de restauración.

D.- No supone la indisponibilidad por parte de los usuarios.

Tampoco concurre esta característica tan relevante y ello en una triple dimensión: primero, porque fuera del horario a que se extiende la autorización es de libre utilización, sin limitaciones de ningún tipo, la vía pública por cualesquiera usuarios exactamente igual que si la autorización no existiese; segundo, porque aún dentro del horario, la instalación de las terrazas no impide el tránsito por la vía pública de cualesquiera usuarios de dicha vía pública distintos a los que hacen uso de la actividad de restauración; y tercero, porque precisamente los usuarios que emplean la terraza para el servicio de restauración, están, además de recibiendo dicho servicio, utilizando justamente la vía pública donde está asentada la terraza.

E.- Sobre la realización del pago.

Punto de partida es que el hecho de que el autorizado satisfaga la tasa y que ésta sea una contraprestación -argumento de la recurrente- en absoluto resuelve el problema, ya que, como regla general, cualquier autorización administrativa, sea o no de un aprovechamiento especial, está sujeta al pago de una tasa.

Centrada así la cuestión, resulta que el pago que se realiza por los usuarios es por las consumiciones que realizan como propias de la restauración y, por ello, con independencia de que sean prestadas en el interior del local o en la terraza. O, dicho de otro modo, ningún pago se realiza -ni por los usuarios que se emplacen en las terrazas, ni por ningún otro- por la utilización de la terraza en sí misma considerada, sino única y exclusivamente por el consumo en restauración.

En último término, expone que la pretensión de la recurrente debe ser desestimada y la respuesta que merece la cuestión de interés casacional es la siguiente:

"1. El aprovechamiento especial del dominio público permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública no constituye un hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en aplicación de los artículos 7.1.B) y 13.2. TRITPyAJD,

en cuanto que no origina "un desplazamiento patrimonial en favor de particulares" que exige el artículo 13.2.

2. En íntima conexión y consecuencia de lo anterior, no cabe equiparar a las concesiones administrativas las autorizaciones para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, en este caso, terrazas de establecimiento de hostelería en la vía pública, al objeto de entender en sentido extensivo que cualquier aprovechamiento especial que recaiga sobre el demanio, por sí sólo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado.

3. Aunque la respuesta a las dos cuestiones anteriores es negativa, cabe afirmar que, para que una autorización para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, singularmente terrazas de establecimientos de hostelería en la vía pública, pueda ser considerado desplazamiento patrimonial no basta con el propio uso común especial a que la autorización faculta, sino que es preciso: que una concreta actividad prestacional -con, en su caso, cesión de instalaciones- de la Administración se transfiera al autorizado; que concurra una limitación strictu sensu que afecte a los usuarios de la vía pública; y que la ventaja patrimonial del autorizado derive del aprovechamiento especial de la vía pública y no de la actividad de restauración."

Termina suplicando a la Sala:

"[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente dicho recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho".

QUINTO. Vista pública y señalamiento para deliberación, votación y fallo del recurso.

Por providencia de 4 de julio de 2024, el recurso quedó concluso y pendiente de votación y fallo, al no haber lugar a la celebración de vista pública por advertir la Sala que no era necesaria atendiendo a la índole del asunto.

Asimismo, por providencia de 8 de octubre de 2024, se designó ponente a la Excm. Sra. D^a Esperanza Córdoba Castroverde y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el 26 de noviembre de 2024, fecha en que efectivamente se deliberó, votó y falló el asunto, con el resultado que se expresa a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación y hechos relevantes para su resolución.

1.El objeto de este recurso de casación, desde la perspectiva del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, consiste, en primer término, en determinar si el aprovechamiento especial del dominio público, permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública, constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los artículos 7.1.B) y 13.2 del TRITPAJD.

En segundo lugar, en relación con lo anterior, precisar si la equiparación que aparentemente efectúa el artículo 13.2 del Texto refundido entre las concesiones administrativas -en la medida en que, por medio de ellas, se constituye un verdadero derecho real in re aliena,sobre el demanio, inscribible registralmente- y las autorizaciones para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público -en este caso, terrazas de establecimientos de hostelería en la vía pública- permite o no interpretar el precepto en el sentido extensivo de que cualquier aprovechamiento especial que recaiga sobre el demanio, por sí solo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, a efectos de su gravamen por el impuesto que nos ocupa.

En último término, en caso de responderse afirmativamente a ambas preguntas precedentes, identificar en qué consistiría el desplazamiento patrimonial de facultades del dominio público en favor del titular del establecimiento, autorizado al uso común especial mediante un acto de autorización -más allá del propio uso común especial a que la autorización faculta-.

En definitiva, debe abordarse si el aprovechamiento especial del dominio público, otorgado por autorización administrativa y que permite instalaciones para la actividad de restauración en la vía pública, constituye un hecho imponible del ITPAJD, modalidad TPO, por equiparación a las concesiones administrativas.

2.Los hechos del litigio que son relevantes para su resolución y que, en esencia, recoge el auto de admisión sin que resulten controvertidos, son los siguientes:

2.1.El 3 de diciembre de 2018, la Sra. Milagros recibió requerimiento de la Agencia Tributaria de Cataluña, en un procedimiento de control de presentación de liquidaciones, para que presentase autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, por la instalación de una terraza en la vía pública que le había autorizado el Ayuntamiento de Badalona. La interesada respondió

Síguenos en...



al requerimiento manifestando que no estaba obligada a presentar la declaración, pues ya pagaba la tasa por la ocupación de la terraza.

2.2. Iniciado procedimiento de comprobación limitada, se le notificó propuesta de liquidación el 22 de enero de 2019. Tras la presentación de alegaciones, se dictó liquidación provisional el 12 de abril de 2019 en concepto de "concesiones administrativas", considerando que están sujetos a ITPAJD todos los actos de las Administraciones Públicas por los cuales se atribuye a los particulares el aprovechamiento específico -de la intensidad que fuera- de bienes de dominio público, dato que concurre en el presente caso.

2.3. Interpuesto recurso de reposición el 14 de mayo de 2019, fue desestimado mediante resolución notificada el 1 de julio de 2019.

2.4. Contra el acuerdo de liquidación interpuso reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña. La cuantía quedó fijada, a efectos de aquella vía, en 221,20 euros.

2.5. El 29 de septiembre de 2021, el TEAR de Cataluña acordó estimar la reclamación, acogiendo el siguiente criterio del Tribunal Supremo, que figura en la sentencia de 22 de febrero de 1999 (rec. casación n.º 3410/1993):

«[...] En la praxis jurisprudencial, el criterio utilizado para distinguir el uso privativo del especial es, atendiendo a las circunstancias de cada caso, determinar si existe evidencia de **una cierta fijeza y solidez** en la instalación y una **vocación de permanencia** que supongan una "ocupación", o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo. Y es esta doctrina la que acoge la sentencia de instancia, en su fundamento jurídico segundo, cuando considera que es uso común especial la ocupación de la vía pública que se efectúa con instalaciones provisionales que pueden ser retiradas en cualquier momento y que aplica a la terraza o "marquesina-jardinera desmontable" contemplada, que fue objeto de la licencia otorgada por el pleno municipal de 25 de agosto de 1965».

Para el TEAR, se parte de la existencia de una atribución del aprovechamiento especial de bienes de dominio público mediante licencia. La cuestión litigiosa radica, por tanto, en el cumplimiento del segundo requisito, el del desplazamiento patrimonial. Sobre este punto concluye el TEAR que:

«no se produce un auténtico desplazamiento patrimonial en favor de la entidad privada, esto es, el traslado del dominio del suelo público, que sólo es "utilizado" en una determinada franja horaria fuera de la cual mantiene el uso público y sin que esta "utilización privada" sea excluyente de su uso público, por lo que no puede considerarse que se produzca el requisito exigido por el artículo 13.2 del TRLITPyAJD en cuanto a desplazamiento patrimonial».

2.6. La Administración autonómica recurrente en casación interpuso recurso contra la mencionada resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que fue desestimado por la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de abril de 2023 (rec. 3662/2021), aquí impugnada, con remisión a la fundamentación jurídica contenida en la previa sentencia de la misma Sala y Sección dictada el 31 de marzo de 2023 en el recurso n.º 2079/2021 (r. o. 907/2021), a la que se hará referencia en lo sucesivo.

Señala esta sentencia que los títulos habilitantes para el uso del dominio público están regulados en el artículo 86.2 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

"El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión".

La sentencia (F.J. 4º) razona sobre la naturaleza de estos títulos, autorización y concesión. En síntesis, señala que la autorización es un acto reglado de simple remoción de límites u obstáculos a un derecho preexistente y la concesión es un contrato, generador de derechos típicamente administrativos.

En concreto, se argumenta que -según la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público- la concesión es un contrato, bien para la realización de obras, bien para la gestión de servicios públicos. La Directiva 2014/2023, de concesiones, lo define como un contrato oneroso, celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras (en las concesiones de esta clase) o la prestación y gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (en el caso de la concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras o los servicios, o ese mismo derecho en conjunción con un pago (artículo 5).

En consecuencia, se afirma la distinta envergadura que tienen las autorizaciones y las concesiones. También, la relevante diferencia entre los efectos que ambos títulos conllevan. Así razona la sentencia sobre este particular: las autorizaciones son actos unilaterales de la Administración, que no constituyen por sí mismas derechos reales [...], sino un haz de facultades posesorias, sin acceso al Registro de la Propiedad; mientras que las concesiones son inscribibles e hipotecables en cuanto tales.

La sentencia también expone (F.J. 4º) el diferente régimen económico que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispensa a las autorizaciones y a las concesiones demaniales. Las autorizaciones (art. 92.5 LPAP):

«pueden ser gratuitas, sujetas a contraprestación o condiciones, o sujetas a tasa, de modo que la equiparación entre tasa y contraprestación que postula la actora resulta, cuando menos, de discutible encaje legal). (...) Cuestión muy distinta es que tal desplazamiento sea susceptible de integrar el concepto típico del art. 13.2 TRLIPAJD, menos aún de determinar el hecho imponible por equiparación a que aspira nuestra actora».

Es lugar común que para la liquidación del TPO han de concurrir dos requisitos: transmisión y onerosidad. En este caso, la sentencia indica que la Administración considera como base imponible la tasa satisfecha, como si fuera el canon concesional que debe satisfacer la entidad concesionaria, lo cual supone entremezclar instituciones y conceptos jurídicos no asimilables. Al respecto, enumera como ejemplos unos cuantos supuestos sujetos a imposición por el TPO como concesiones, que difieren notablemente, en cuanto a su magnitud y trascendencia, del caso de las terrazas del sector de la restauración gravadas en las liquidaciones de la Administración aquí encausadas.

Para interpretar el art. 13.2 TRITPAJD, en cuanto a la pretendida equiparación que efectúa del aprovechamiento especial con el uso privativo solo posible mediante concesiones administrativas -pero solo en los casos, que no son todos, en que como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares, la sentencia propugna abandonar interpretaciones literalistas y descontextualizadas (F.J. 5º):

«[N]o desconocemos en absoluto que el primer criterio de exégesis legal es el literal, por mor de los artículos 12.1 LGT y 3.1 CC (a que el anterior, de hecho, remite), más tal interpretación no puede abocar fatalmente a resultados que deformen o distorsionen la naturaleza de la institución aplicada, justo lo que aquí acaece. Y no por simple parecer subjetivo de este Tribunal, sino acudiendo a la sistemática (que sepamos es también criterio o regla legal de interpretación la sistemática, como la teleológica) del TRLITPAJD, atendiendo a su objeto (arts. 6.1.A) y 7.1.B), y a las pautas que ofrece su mismo sistema de determinación de la base imponible (art. 13.3)».

La sentencia entiende que la referencia que el art. 13.2 TRITPAJD realiza del aprovechamiento especial, en relación con las concesiones administrativas, se produce cuando tal aprovechamiento dé lugar a derechos reales administrativos, categoría de suyo ajena a la estricta autorización unilateral de uso del dominio público de este caso, pues aquí (F.J. 3º):

«[...] no hay utilización privativa alguna, ni, por supuesto, título concesional, ni precio, participación, beneficio mínimo, bien revertible, activo fijo afecto o canon concesional alguno, sino simple pago de la tasa por aquel aprovechamiento siendo propósito (hasta donde somos capaces de ver) del legislador tributario, con la previsión del art. 13.2 TRLIPAJD, sujetar a imposición cualesquiera figuras verdadera y genuinamente equiparables a aquéllas (las concesiones)».

De todo lo anterior concluye:

«Que pueda defenderse equiparable o similar la capacidad económica manifestada en una concesión demanial y en una simple habilitación para el aprovechamiento del dominio público (terrazza de bar aquí), de circunstancias completamente desconocidas por lo demás (pues la Administración se ha dirigido a los supuestos obligados tributarios de forma absolutamente indiferenciada, impasible a sus singularidades, sin una sola consideración a las concretas circunstancias de cada título habilitante, y de la ocupación permitida), se nos revela, cuando menos, manifiestamente dudoso».

Señala el auto de admisión que la expresión más fiel de la ratio decidende de la sentencia al respecto se contiene en el fundamento de derecho cuarto, del siguiente tenor literal:

«Con cuanto llevamos dicho creemos suficientemente expuesto el parecer de esta Sala, contrario a la legalidad de la liquidación que nos ocupa, en cuanto desconocedora de la verdadera naturaleza del hecho imponible, aun por equiparación, del ITP».

SEGUNDO. Marco normativo.

Las normas relevantes para la decisión del recurso de casación son las siguientes.

1.El artículo 7.1.B) TRITPAJD, que dispone:

«Son transmisiones patrimoniales sujetas: B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.»

2.Asimismo, el artículo 13.2 TRITPAJD señala:

«Se equiparán a las concesiones administrativas, a los efectos del impuesto, los actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares».

TERCERO. Criterio interpretativo de la Sala. Remisión a la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia núm. 1/2025, de 7 de enero de 2025 (rec. cas. 4830/2023).

Este recurso de casación plantea las mismas cuestiones de interés casacional ya resueltas en la reciente sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, núm. 1/2025, de 7 de enero de 2025 (rec. cas. 4830/2023), cuyo recurso, deliberado en la misma fecha, coincide en que las cuestiones jurídicas suscitadas son idénticas. Dada esa sustancial igualdad entre ambos recursos, la seguridad jurídica aconseja, incluso impone, la remisión in toto lo allí declarado, con la natural sustitución de nombres de cada asunto.

Se ha dicho en la STS de 7 de enero de 2025, cit.:

«QUINTO.- Consideraciones jurídicas de la Sala.

1.-Es preciso poner el acento, para una adecuada comprensión del conflicto jurídico que despliega este recurso de casación, en la naturaleza cedida del impuesto indirecto exigido, como figura tributaria de titularidad estatal, que debe reclamar necesariamente una interpretación uniforme en toda España, bajo la función unificadora que corresponde a la Administración del Estado cedente, siendo transcendente a tal efecto el papel de los tribunales económico-administrativos, a través de los cuales el Estado retiene legalmente la competencia revisora, en los términos de la legislación sobre cesión de tributos.

2.Además, también cabe hacerse eco de la ciertamente confusa regulación del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -TR-. Es preciso, a fin de dilucidar las cuestiones capitales que se suscitan, aquilatadas ya en el auto de admisión, indagar si en el asunto debatido se ha producido el hecho imponible, conforme a las normas que lo definen. En particular, no es incongruente, tal como se denuncia, que se lleve a cabo una exégesis de las normas reguladoras del hecho imponible.

3.-A tal efecto, se impone como tarea primordial la delimitación del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los artículos 7.1.B) y 13.2 del TRITPAJD y la necesaria calificación negocial a tal efecto. Puede anticiparse que esa interpretación no es tan simple ni clara como parece postular la Administración gestora del impuesto en su recurso de instancia, secundada en su posición, únicamente, por los votos particulares.

El punto cardinal del interés casacional objetivo establecido por el auto de admisión consiste en determinar si el aprovechamiento especial del dominio público, otorgado por autorización administrativa y que permite la actividad de restauración en la vía pública, constituye un hecho imponible del ITPAJD -modalidad TPO- por equiparación a las concesiones administrativas, puesto que los otros puntos de interés casacional planteados tienen como premisa la respuesta (positiva) a dicha cuestión principal. Para ello es preciso despejar primero la incógnita acerca de si esa equiparación a la concesión lo es en todo caso o únicamente en presencia de circunstancias especialmente concurrentes.

Así, el artículo que define el hecho imponible, es el art. 7 TR:

"1. Son transmisiones patrimoniales sujetas:

A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar inmuebles o instalaciones en puertos y aeropuertos".

Síguenos en...

El primer requisito para gravar estas operaciones es, por tanto, que se trate de transmisiones patrimoniales, esto es, de actos de transmisión o traslación patrimonial de bienes o derechos (art. 1.1.1º del TR).

El apartado a) del artículo 7.1 se refiere a las transmisiones inter vivos de bienes o derechos. Da a entender que esas transmisiones se refieren a actos traslativos de la propiedad, operada mediante compraventa, permuta, etc.

El apartado b) complementa esas operaciones gravadas con otras en las que aparecen citadas las concesiones administrativas, en una enumeración *numerus apertus* ejemplificativa, tras la mención a derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones, añadiendo concesiones administrativas.

La única interpretación posible del precepto es que el art. 7.1.b) TRLITP incluye las concesiones administrativas en tanto negocio jurídico en que se trasfiere un derecho real sobre el dominio ajeno (en el caso, el dominio público).

Sentado esto, solo es factible una interpretación del art. 13.2 TRLITP armonizadora con lo anterior:

"Se equiparán a las concesiones administrativas, a los efectos del Impuesto, los actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares".

Se trata de una norma ciertamente extraña, porque no se ubica sistemáticamente dentro de la regulación propia del hecho imponible, donde debería estar -si atendemos a la coherencia interna de la tesis recurrente-, sino como reglas especiales, después de la regulación de la cuota. La idea principal que debe presidir esa exégesis es que, junto a las concesiones administrativas gravadas -porque son objeto de equiparación-, se incluyen figuras análogas.

Así, la mención de actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación..., parece hacer referencia a ciertos negocios innominados, o sea, no concertados bajo nomen iuris de concesión, pero que la entrañen o supongan, como modalidad de atribución por la Administración, mediante precio, del uso privativo del dominio público (esta idea la incluye acertadamente la sentencia). Por tanto, la norma parece aludir a varios grados o modalidades diferentes de la utilización del demanio, en este caso municipal, que en el propio enunciado del artículo 13.2 TR se especifican:

- 1.- Actos que otorguen facultades de gestión de servicios públicos.
- 2.- Actos que atribuyan el uso privativo de bienes de dominio o uso público.
- 3.- Actos que atribuyan el aprovechamiento especial del dominio público.

El inicio del párrafo, con su referencia a "cualquiera que sea su modalidad o denominación..." incluiría esas concesiones materiales o innominadas. No habría, en tal hipótesis, problema conceptual para su gravamen, pues la equiparación de ellas con la concesión es evidente y la inclusión derivaría de modo directo del principio de calificación (arts. 13 LGT y art. 2.1 TR).

Por su parte, el citado punto primero no afecta al caso, ya que se refiere a la concesión de servicios públicos, que es esencialmente distinta de la demanial. Aquí no se transfiere, con toda evidencia, la gestión de servicios públicos.

La segunda alusión es sumamente extraña, pues un acto que atribuya el uso privativo del demanio -siempre que verse sobre inmuebles- requiere por lo común una concesión administrativa, lo que ya de por sí determina el desplazamiento patrimonial que está implícito en el gravamen por el art. 7.1 TR.

El último caso es que resulta ser más problemático, pues se refiere, de un modo ampliatorio, al aprovechamiento especial -compatible con el uso por terceros- del dominio público, pero "...siempre que se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares". De la mera enunciación de la norma, atendiendo como punto de partida su puro tenor gramatical, resulta con claridad que la posición esgrimida en el recurso de casación es equivocada, pues el precepto no equipara, a todo trance, la concesión y la autorización que recae sobre el aprovechamiento especial como modalidades comunes de gravamen, sino que lo condiciona y subordina a la concurrencia probada de la existencia de ese desplazamiento patrimonial que, obviamente, no está presente en todos los casos de aprovechamiento especial, sino que es un requisito cuya concurrencia debe ser probada.

Este punto es el polémico aquí, ya que lo que se controvierte es que podría incluir el artículo 13.2 TR la utilización, con autorización municipal, de espacios públicos -aceras, calzadas, jardines,

calles peatonales, etc.- para la prestación al público de servicios de restauración, como restaurantes, cafeterías, bares, etc.

De entrada, para aclarar con exactitud cuál sea en este caso la modalidad e intensidad del uso demanial, debería la Generalidad haberse esforzado en señalar en el proceso las condiciones específicas del aprovechamiento especial del dominio público local que se supone conferido con la autorización -y por el que ya se abona una tasa municipal- a fin de calibrar esa intensidad de uso, las condiciones en que se desarrolla, los horarios y, en suma, la compatibilidad con el uso común por viandantes o los clientes de los establecimientos de hostelería.

4. En particular, es obvio, como punto de partida en la comprensión del art. 13.2 TR, que no todos los usos como el que aquí fue objeto de autorización originan un desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario. De ser ello así, no solo las concesiones, sino todas las utilizaciones autorizadas para el uso común especial o aprovechamiento especial quedarían dentro del ámbito del art. 13.2 TRLITP. Pero si esto fuera así, carecería por completo de razón de ser que el gravamen del uso especial -por el solo hecho de serlo-, se previera en un precepto diferente a aquél en que se regula el hecho imponible, el art. 7.1 B) TR.

No conocemos, por lo demás, el grado de intensidad del uso especial del demanio local que se ha autorizado en este caso, que guarda relación, como ya hemos visto a través de la jurisprudencia de esta Sala al respecto, con ciertas características que comprenden, por lo general, la existencia de instalaciones fijas o permanentes, cerramientos, etc. En palabras de esta misma Sala, transcritas con tino por el TEAR de Cataluña, hay que dilucidar -para distinguir el uso privativo del común especial -que no agota las cuestiones fiscales aquí planteadas "...si existe evidencia de una cierta fijeza y solidez en la instalación y una vocación de permanencia que supongan una "ocupación", o una prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública de que se trate, lo que suele llevar consigo, en alguna forma, la transformación física de la dependencia demanial con la consecuente exclusión en ésta de otro uso distinto del privativo".

Nada de todo esto consta. Probablemente, porque luce con evidencia en el recurso de casación la teoría, patrocinada por la Administración autonómica, de que cualquier utilización especial del dominio público está sometida a gravamen dentro de la órbita del art. 13.2 TR, para lo que se pretende orillar el obstáculo de su literalidad sosteniendo, con escasa consistencia, que en todo negocio autorizador que confiere el uso del dominio público municipal está naturalmente presente esa nota indispensable del desplazamiento patrimonial.

El mecanicismo con que, de ese modo, se ha obrado, nos ha impedido conocer dato alguno acerca del régimen de uso derivado de las ordenanzas municipales, y no solo por razón de la gestión de las vías y espacios públicos, sino también por motivos de seguridad, orden público, u otras. Basta la mera lectura del art. 92.7 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, para advertir en la relación que incluye, acerca de las condiciones generales o particulares que deben figurar en el acuerdo de autorización de uso de bienes y derechos demaniales -entre otras, la aceptación por el usuario especial de la posibilidad de libre revocación sin indemnización-, que no toda autorización conlleva a ultranza que se origine un desplazamiento patrimonial. La regla general, más bien, es la contraria.

Por ejemplo, lo concerniente a horarios de apertura y cierre, compatibilidad con el tránsito de viandantes en los espacios utilizados, recogida de elementos móviles o desmontables al término de la jornada, medidas restrictivas en caso de emergencia o prioridad de otros usos, etc. Tales factores, lejos de ser irrelevantes al caso, como se propugna, son los que, unos u otros o varios de ellos, definen la intensidad del uso o la exclusión mayor o menor de terceros. En suma, las que denotan si hay o no desplazamiento patrimonial y lo caracterizan.

5. Es importante precisar, además, que el desplazamiento patrimonial a que se refiere el art. 13.2 TRLITP debe guardar una relación directa y exclusiva, de necesidad causal, con la facultad de uso especial que se otorga, mediante licencia o permiso, del dominio público, en el sentido de que el uso especial que se autoriza -por el Ayuntamiento, sobre dominio municipal- entrañe, como consecuencia de las facultades otorgadas, (que) se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares.

En otras palabras, no cabe interpretar, como se hace en el recurso de casación, que todo aprovechamiento especial lleva consigo de modo ineluctable un desplazamiento patrimonial pues, de ser así, esta autorización, no concesión, de uso o de intensidad de uso debería figurar en el art. 7.1.B) TR, como modalidad natural y propia de la concesión -ante el carácter absoluto que se confiere a esa equiparación-. Tal interpretación no es admisible, en absoluto.

De ahí que no se pueda compartir la noción que nos ofrece la Generalidad:

Síguenos en...

"[con el otorgamiento de la autorización] se produce un verdadero desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, en la medida que le confiere un haz de facultades sobre el dominio público que amplía la capacidad jurídica del administrado autorizado y que le habilita para la explotación económica del dominio público, generándole una evidente rentabilidad económica derivada de la ampliación de su negocio de restauración a un espacio público, el cual no podría ocupar sino con el otorgamiento del referido aprovechamiento especial".

Esta idea del haz de facultades que se conceptúa como inherente al otorgamiento de la autorización no lo explica en rigor el escrito de interposición, atendiendo a la causa negocial, toda vez que el mero hecho de usar los bienes de uso público -la ley, con poco rigor, habla de dominio o uso público como realidades diferentes- no transfiere, per se, por el Ayuntamiento autorizante, más facultades que las derivadas de la autorización, limitadas a la ocupación, uso y aprovechamiento del suelo público para la explotación de todo o parte del negocio de hostelería, en ese suelo público, en determinadas condiciones, no otras, lo que nos ha sido vedado conocer, siendo de decisiva transcendencia para verificar si el uso conferido debe ser o no gravado con el ITPO.

Dicho de otro modo, no es el título autorizatorio -que no es concesional ni reúne las notas esenciales para serlo- el que habilita para el desarrollo de una actividad, ni hay en el asunto debatido explotación económica del dominio público. La explotación económica lo es de una actividad privada, no del dominio público viario, máxime cuando no conocemos las circunstancias bajo las que fue autorizado este uso especial. De ser así, la retribución que, mediante tasa, satisface el usuario que obtiene la licencia o autorización, estaría subordinada a los resultados de la explotación económica; de igual modo, es ajeno a la relación jurídico pública en que se sustenta la autorización esa idea de beneficio o, en la opinión de la Generalidad "...generándole una evidente rentabilidad económica derivada de la ampliación de su negocio de restauración a un espacio público".

Esto no es así porque, de una parte, como hemos explicado, no es la utilización del dominio público, en sí misma, la generadora de esa rentabilidad económica, que vendrá determinada, en su caso, por la marcha del negocio de hostelería; de otra parte, porque no queda resuelta, de ese modo, la situación de existencia de pérdidas en la explotación económica, o la circunstancia de que, sobre un mismo suelo público, se pueden desarrollar actividades económicas, dentro incluso del sector hostelero, muy diversas entre sí, no tanto respecto de la utilización del -mismo- demanio, sino en los rendimientos potenciales generados. Por tanto, no es la autorización la que abre paso a la actividad ni a la obtención de los beneficios económicos, ni la tasa se exige en función de ello.

Desde luego, como ya hemos anticipado, debería profundizarse en la naturaleza e intensidad del uso autorizado sobre la vía pública para saber si, a través de ella, se origina ese desplazamiento patrimonial, que debe interpretarse como asunción de facultades inherentes, por su uso especial, al dominio público, en la medida en que se priva de ello al titular demanial -y a terceros- de desplegar usos compatibles con él, en los propios términos que ha delimitado la doctrina de esta Sala Tercera, de la que se prescinde por completo en la tesis actora.

6. En cualquier caso, no deja de resultar sorprendente que, en vigor tales preceptos del Texto Refundido del impuesto al menos desde 1993 -siendo así que las normas objeto de refundición datan, cuando menos, de la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados-, así como del texto refundido ulterior -Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre- esta iniciativa de búsqueda afanosa de hechos imposables nuevos no haya aparecido sino muchos años después de la configuración última de esos preceptos. De hecho, ni existe jurisprudencia sobre este concreto aspecto del gravamen, ni las demás comunidades autónomas, también cesionarias del impuesto, han mostrado intención alguna de gravar el derecho de uso no privativo del dominio público como si se tratara de una transmisión patrimonial onerosa. Este dato no es irrelevante y ha sido expuesto con toda claridad por la sentencia impugnada como argumento accesorio, pero de útil refuerzo de la tesis principal, que compartimos.

7. La posición de la Administración recurrente, secundada en su postura por los votos particulares, entraña dialécticamente una petición de principio, en tanto da por demostrado aquello que, precisamente, se pretende demostrar. Así, el argumento repetido de que la Administración gestora, al igual que los jueces, deben partir, como premisa necesaria de su actividad, de la interpretación de la ley, incluso de una exégesis que no desborde sus términos literales, conduce a resultados opuestos a los que con esa exposición se pretenden.

Ello es así porque no es concebible la extensión del hecho imponible a situaciones y casos no comprendidos en sus contornos propios lo que, trasladado al caso debatido, nos obliga a

Síguenos en...



considerar que no existe una equiparación absoluta, a efectos puramente fiscales, entre el uso privativo del demanio que se obtiene mediante concesión y el uso -común- especial, porque el propio tenor del art. 13.2 TR no permite el gravamen indiscriminado de todo derecho de uso especial del demanio adquirido mediante autorización administrativa, sino únicamente, por vía de excepción, de los derechos que, por su especial significación, cumplan el requisito del desplazamiento patrimonial.

Expresado de otro modo, la equiparación que efectúa la Administración recurrente supone una aplicación extensiva, o aun analógica, del hecho imponible a casos que, con nitidez, quedan extra muros de sus linderos, lo que se realiza asignando al aprovechamiento especial sobre el demanio obtenido mediante mera autorización, siempre, un efecto de desplazamiento patrimonial. Pero de ser así, carecería de toda lógica y sentido que ese derecho, como tal, investido del efecto inherente y automático de desplazamiento patrimonial, no figurase entre las transmisiones que conforman el hecho imponible.

Esto es, el principio de legalidad, anclado en el aforismo nullum tributum sine lege, lejos de abonar la tesis actora, la desactiva por completo, pues la legalidad no impone la interpretación extensiva y correctora, descartable por contraria a la lógica, de que todos los casos de utilización especial del dominio público mediante autorización entrañan de suyo un desplazamiento patrimonial.

8. A nuestro juicio, esta extraña y oscura equiparación legal que suministra el art. 13.2 TR debe ser objeto de una interpretación incompatible con la que, de modo ciertamente inconsistente, ha determinado la exigencia del tributo en un caso no previsto en la norma, extensivamente. A lo sumo, esta regla especial del art. 13.2 TR debería servir, únicamente, para gravar ciertas actuaciones administrativas que, a pesar de tener el mismo o semejante contenido material que una concesión, no requieren de ese título habilitante; o en los casos en que se confieren facultades relacionadas con la utilización del dominio público con ocasión de la prestación de servicios públicos.

El caso paradigmático es el establecido en el artículo 86.2 LPAP, que somete el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público a través de instalaciones desmontables o bienes muebles y con duración inferior a cuatro años al otorgamiento de una autorización y no de una concesión:

"...2. El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión".

Por el contrario, esta norma no debería conducir a una ampliación indebida del hecho imponible que grave situaciones que nunca podrían encajar en el concepto de concesión administrativa, como podrían ser las siguientes:

I) Actuaciones de mero control administrativo de la actividad de particulares en un determinado sector sometido a la supervisión o intervención.

En relación con este tipo de actos administrativos, debemos recordar la controversia que se generó respecto la naturaleza de la autorización para operar en el sistema eléctrico puesto que, hasta la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, la producción de energía eléctrica tenía la consideración de servicio público, lo que determinó que la referida autorización se equiparase a las concesiones a efectos de la tributación por ITPAJD. Sin embargo, una vez que la nueva ley dejó de considerar tal cosa, esto es, dicha actividad como servicio público, se ha estimado que el acto de autorización administrativa no está sujeto a tributación.

II) Situaciones en las que no existe transferencia de facultades administrativas de gestión de un servicio público.

III) Actuaciones administrativas realizadas fuera del ámbito de la gestión de servicios de titularidad pública y en las que se actúa como un operador más en el tráfico jurídico, como podría ser el caso del arrendamiento de industria.

Así, sería admisible la aplicación del art. 13.2 TR cuando la Administración pública y el particular han utilizado indebidamente una determinada calificación (como autorización, permiso o licencia) en lugar de la procedente concesión administrativa, por lo que debería prevalecer la verdadera naturaleza de lo cedido, según el principio de calificación que deriva de los artículos 2 y 3 del TR. Además, el artículo 13.2 LGT obliga a exigir el impuesto de acuerdo con la verdadera naturaleza de los actos o contratos, con independencia de su denominación y de los defectos que puedan afectar a su validez y eficacia.

Las conclusiones anteriores resultan conformes con la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

En el caso de autos, la utilización parcial y temporal de la vía pública mediante terrazas para la actividad de restauración no constituye, de ningún modo, actividad prestacional propia e

inherente a la Administración pública, en este caso municipal. Como argumenta el Abogado del Estado, por su propia índole, la vía pública se caracteriza por la susceptibilidad de tránsito por los ciudadanos, lo que es extraño a cualquier prestación de competencia pública.

Por tanto, se aproxima al control previo, ya que el otorgamiento de las facultades no deriva de una actividad prestacional propia e intrínseca de la Administración municipal, sino que está en relación única y exclusivamente con el uso público de la vía pública.

La sentencia recurrida en el caso de autos entiende como:

"no hay utilización privativa alguna, ni, por supuesto, título concesional, ni precio, participación, beneficio mínimo, bien revertible, activo fijo afecto o canon concesional alguno, sino simple pago de la tasa por aquel aprovechamiento siendo propósito (hasta donde somos capaces de ver) del legislador tributario, con la previsión del art. 13.2 TRLIPAJD, sujetar a imposición cualesquiera figuras verdadera y genuinamente equiparables a aquéllas (las concesiones)".

De todo lo anterior concluye:

"Que pueda defenderse equiparable o similar la capacidad económica manifestada en una concesión demanial y en una simple habilitación para el aprovechamiento del dominio público (terracea de bar aquí), de circunstancias completamente desconocidas por lo demás (pues la Administración se ha dirigido a los supuestos obligados tributarios de forma absolutamente indiferenciada, imposable a sus singularidades, sin una sola consideración a las concretas circunstancias de cada título habilitante, y de la ocupación permitida), se nos revela, cuando menos, manifiestamente dudoso".

El que el autorizado abone la tasa local y que ésta sea una contraprestación -que es argumento de la parte recurrente- no resuelve el problema del gravamen examinado, pues es regla general que la autorización administrativa, sea o no de aprovechamiento especial, está sujeta al pago de una tasa -en cuanto a las locales, artículo 20 de la Ley de Haciendas Locales-.

Centrada así la cuestión, convenimos con la Administración del Estado que el pago por los usuarios -clientes del autorizado- lo es por las consumiciones que realizan en el establecimiento -propias de la restauración- con independencia de que se presten en el interior del local o en la terraza.

9. Dentro de los factores que cabe ponderar para apreciar la equiparabilidad al régimen concesional, figura la identificación de una contraprestación del particular en favor de la Administración, que encuentra su reflejo en el régimen de determinación de la base imponible (artículo 13.3 TRLIPAJD); este atiende cabalmente a la forma de contraprestación por el concesionario o beneficiario de las facultades de utilización o aprovechamiento que se le trasladan, que aquí sencillamente, no las hay pues, desde luego, no se conoce en el marco típico legal la equiparación pretendida por la actora entre precio o canon concesional y tasa. No en vano, el apartado mencionado se refiere solo a la concesión.

En otras palabras, es sintomático de la inviabilidad de gravamen del aprovechamiento especial del dominio público por la vía oblicua del art. 13.2 TR el hecho de que no se haya previsto modo alguno de cálculo de la base imponible ni de la cuota que no se refiera a las concesiones administrativas estrictamente tales -alusión que no es posible extender más allá de sus propios y precisos términos jurídicos-. Así, el art. 13.3 TR se limita al objetivo de determinar la base imponible, con remisión a la aplicación de la regla o reglas que, en atención a la naturaleza de las obligaciones impuestas al concesionario, resulten aplicables de las que se indican a renglón seguido.

Al margen de que la referencia a la concesión excluye la autorización, por imperativo del principio de legalidad tributaria, es de recordar que la propia Administración gestora ha desdeñado la relevancia de cualquiera de las circunstancias concurrentes a los efectos del gravamen, ya que en modo alguno se analizan -aceptando, a efectos polémicos, la ampliación postulada a las autorizaciones en un precepto reducido a determinar la base imponible en las concesiones-, sin indicar las circunstancias de la autorización administrativa ni las características de intensidad de la ocupación o de la exclusión de terceros.

Los apartados a) a c) del propio artículo 13.2 TR refuerzan esa idea, pues la determinación de la base imponible mediante el señalamiento de un canon, precio, participación o precio mínimo - letra a)- hacen alusión exclusiva al gravamen de las concesiones, no de otros derechos no conferidos por esa vía; así, es ciertamente extravagante la consideración como base imponible del ITPO sobre simples autorizaciones administrativas de la tasa municipal que abona el licenciataria, lo que en absoluto autoriza el art. 13.3 TR ni ningún otro precepto. Los votos particulares no justifican, en modo alguno, ese peculiar modo de fijar la base imponible por extensión o analogía.

Por lo demás, las reglas que imponen las letras b) y c) del citado artículo 13.3 TR robustecen la idea de que la base imponible correspondiente al gravamen de las transmisiones de derechos mediante autorización de uso común especial del dominio público carecen de regla específica de fijación, a menos que, por ser de facto concesiones administrativas -lo que dista, y mucho, de haber quedado aquí establecido, pese a que la liquidación se refiera, como concepto, a concesión administrativa como objeto de esta peculiar imposición- se les aplicasen las reglas que hemos visto. A tal efecto, es de aclarar que concesión y autorización son instituciones que, proyectadas sobre la utilización del dominio público, solo pueden ser equiparadas -o confundidas- no en todos, sino solo en casos excepcionales y particularmente intensos del aprovechamiento especial, próximos a la concesión a la que la ley las equipara.

En definitiva, no existe una retribución del particular a la Administración, como medida económica y cuantificación fiscal del derecho transmitido.

10. La circunstancia de que el usuario especial del demanio lo utilice para el desarrollo de una explotación económica no es reveladora del desplazamiento patrimonial que requiere el precepto. Ni la ley del impuesto ni las leyes reguladoras del dominio público prevén o emplean tal circunstancia como elemento para exigir el tributo o determinar su cuantía. Aquí estamos ante un impuesto indirecto que grava la capacidad económica de aquél que, por medio de una transmisión patrimonial -desde su perspectiva- adquiere derechos de contenido patrimonial sobre el dominio público, compatible con la utilización común general, esto es, con el uso por los ciudadanos en general. Tal capacidad es sólo indirectamente reveladora de riqueza gravable pero, en cualquier caso, no se conecta con el propósito para el que se obtiene la utilización, que no guarda, obviamente, relación con aquello que por vía de autorización se recibe.

Por tanto, la dogmática administrativa de la autorización, como medida de policía administrativa -en la terminología clásica- se sustenta sobre la idea de que mediante aquella se controla la actividad de los particulares en el ejercicio de derechos que son preexistentes, que aquella solo se limita a verificar, removiendo los obstáculos previos a su desarrollo libre, lo que conduce a concluir que mediante la autorización no se otorga nada nuevo al autorizado que no tuviera ya éste por ministerio de la ley; además, en este concreto asunto, la Administración autonómica ha renunciado a todo intento de establecer o de comentar dónde se situaría ese desplazamiento patrimonial.

A tal efecto, no es de menor importancia la consideración de que, a diferencia de la concesión de dominio público, figura por la que normalmente se confieren derechos al concesionario que, en su esencia, determinan la exclusión de terceros en el uso exclusivo o privativo de ese dominio público, la autorización no transfiere tales derechos ni, por ende, implica su desplazamiento patrimonial. Es cierto que a este esquema, puramente administrativo, se añade la posibilidad de gravamen, como si fueran concesiones, de las que no lo son, pero que deben asemejarse a ellas en ese desplazamiento patrimonial, que singulariza la posibilidad de imponer fiscalmente la carga al meramente autorizado.

11. En el caso que se examina, resulta patente e indiscutible que la autorización para la instalación de terrazas sobre suelo de dominio público con la finalidad de llevar a cabo en ellas actividades de hostelería no conlleva un desplazamiento patrimonial en favor del autorizado, en modo alguno, que excedan de la facultad de uso especial que es objeto de la autorización. A falta de mayor precisión sobre el contenido y objeto de esta, que forzosamente hubo de aportar y acreditar la Administración, ni el uso especial autorizado transfiere derechos subjetivos sobre el dominio público; ni la Administración local titular y gestión de ese demanio pierde, ni aun transitoriamente, el control y competencias sobre ese suelo.

No en vano, a diferencia de lo que sucede con la concesión administrativa -figura esencialmente distinta de la concurrente- ni en virtud de la autorización se crean o trasladan derechos subjetivos, reales o personales; ni estos serían susceptibles de protección registral; ni se precisa para ellos la expropiación forzosa como modo de privación singular del pretendido derecho en caso de revocación (así, artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa); ni está excluida la revocación de la autorización en los términos del art. 92.4 y 7 de la LPAP:

"4. Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general".

12. En definitiva, estamos ante el ejercicio de una potestad de exacción fiscal indebida, fundada, como hemos ido desarrollando, en una interpretación extensiva, in malam partem, de los escasamente rigurosos términos del art. 13.2 del TRLITPAJD, en que se extiende y amplía una

equiparación prevista en la norma solo para casos concretos y determinados, trasladándola indebidamente a la totalidad de supuestos de aprovechamiento especial del dominio público, pese a que la propia Administración autonómica se jacta de renunciar a aportar dato alguno revelador, en el concreto asunto enjuiciado, de signos o apariencias de desplazamiento patrimonial, suponiendo su innecesariedad al caso debatido».

Finalmente, establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

«SEXTO.-Jurisprudencia que establece este Tribunal Supremo.

Consecuencia necesaria de lo precedentemente expuesto, la Sala fija la siguiente doctrina, respondiendo a las cuestiones de interés casacional:

1.-El aprovechamiento especial del dominio público permitido a través de la autorización municipal de instalación y explotación de terrazas para el ejercicio en ellas de actividades de restauración en la vía pública no constituye un hecho imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en aplicación de los artículos 7.1.B) y 13.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2.-La equiparación que aparentemente efectúa el artículo 13.2 del Texto refundido entre las concesiones administrativas -por las que se constituye un verdadero derecho real in re aliena,sobre el demanio- y las autorizaciones para el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público -en este caso, terrazas de establecimientos de hostelería en la vía pública- debe ser interpretado en el sentido de que no todo aprovechamiento especial del demanio, por sí solo, origina un desplazamiento patrimonial a favor del autorizado, a efectos de su gravamen por el impuesto que nos ocupa.

3.-En todo caso, la constatación del requisito del desplazamiento patrimonial a efectos del gravamen de una autorización para el aprovechamiento especial del dominio público, requiere un examen del contenido y circunstancias presentes en dicha autorización, por ser relevante a efectos fiscales».

Dada la coincidencia de los razonamientos de esta Sala, expresados en la sentencia de 7 de enero de 2025 referida, de la que hemos extraído su fundamentación relevante al caso, con los procedentes en este concreto asunto, procede su íntegra aplicación al actual recurso de casación.

CUARTO. Respuesta a las pretensiones suscitadas en casación.

La necesaria consecuencia de lo que hasta aquí hemos expuesto es que el recurso de casación deducido por la Generalitat de Cataluña ha de ser desestimado, pues, como se ha señalado, el criterio establecido por la Sala de instancia es acorde con la interpretación que aquí hemos reputado correcta, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.

QUINTO. Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, por remisión al fundamento jurídico sexto de la sentencia núm. 1/2025, de 7 de enero de 2025, pronunciada en el recurso de casación núm. 4830/2023.

Segundo.No haber lugar al recurso de casación deducido por la **GENERALITAT DE CATALUÑA** contra la sentencia núm. 1304/2023, de 3 de abril de 2023, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso núm. 3662/2021.

Tercero.No hacer imposición de las costas procesales de esta casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

