

<b>TRIBUTACIÓN</b>	<b>TARIFAS PORTUARIAS: PRECIOS PRIVADOS QUE SON TRIBUTOS</b>	<b>Núm. 70/2005</b>
--------------------	--	-------------------------



**CARLOS PALAO TABOADA**

*Universidad Autónoma de Madrid*

**(Comentario a las SSTC 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo) \***

## **I. EL MARCO DE LA CUESTIÓN**

### **A. Hasta la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.**

Las tarifas portuarias son un campo en el que, especialmente a partir de la década de 1990, la litigiosidad ha sido extraordinariamente intensa, y no por motivos concernientes a las cuestiones materiales que puede suscitar su aplicación, sino sobre todo por los problemas derivados de la aplicación a dichas tarifas del principio de reserva de ley. La sujeción de las tarifas portuarias a este principio era consecuencia de la naturaleza de tasas, y por tanto de tributos, que se les atribuía pacíficamente bajo la vigencia de su primera Ley reguladora, la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, hasta la entrada en vigor de la Ley de Tasas y Precios Públicos (LTPP), 8/1989, de 13 de abril. El Tribunal Supremo estimaba que, no obstante la naturaleza de tasas que atribuía hasta este momento a las tarifas portuarias, las normas reguladoras de éstas no vulneraban el principio de reserva de ley tributaria <sup>1</sup>.

\* Véase el texto íntegro de estas Sentencias en Normacef Fiscal (NFJ019864 y NFJ020183). El texto de la Sentencia 102/2005 se encuentra reproducido en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 268, julio 2005.

<sup>1</sup> Sentencias de 22 de abril de 1985 (Arz. 1822), 20 de diciembre de 1988 (Arz. 10297), 1 de octubre de 1990 (Arz. 1991, 1454) y 28 de octubre de 1992 (Arz. 8275).

A la vista de la LTPP, el Tribunal Supremo modificó su opinión acerca de la naturaleza de las tarifas, pasando a considerarlas precios públicos<sup>2</sup>. Como consecuencia de esta calificación las tarifas quedaban sustraídas a la reserva de ley, lo cual era justamente la finalidad perseguida con la creación de esta figura espuria.

## B. La Ley de Puertos y de la Marina Mercante y la STC 185/1995.

La posición del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza de las tarifas cambia de nuevo como consecuencia de la publicación de la STC 185/1995, de 14 de diciembre, que, con fundamentos harto discutibles<sup>3</sup>, causó una profunda convulsión en el campo de las tasas y los precios públicos y obligó a modificar la LTPP por la Ley 25/1998, de 13 de julio. Esta sentencia está en la base de la doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional en las sentencias que comentamos.

La nueva postura del Tribunal Supremo se inicia con la sentencia de 24 de enero de 1996<sup>4</sup>, relativa a la tarifa G-3, a la que sigue una larga serie. Afirma el Tribunal que a la vista de la definición de precio público formulada por la STC 185/1995 dicha tarifa no puede calificarse ya de precio público:

«Ciertamente, se trata de la prestación de unos servicios en régimen de Derecho Público, pero: 1.º) no están a cargo del sector privado, sino de organismos dependientes del Ministerio de Obras Públicas; y 2.º) son de solicitud obligatoria por los administrados impuesta por disposiciones reglamentarias y, en cierta forma, constituyen condición previa o simultánea al ejercicio de la actividad, de modo que la elusión del pago sólo podrá tener lugar absteniéndose del servicio, lo que elimina la libre voluntad, como ha dicho el Tribunal Constitucional.

Hay que concluir, por tanto, que la Tarifa G-3 no es identificable con el actual concepto de precio público.

Por el contrario, en el momento presente, esta Tarifa es sumible [*sic*; subsumible (?)] en el concepto de tasa...»

<sup>2</sup> La sentencia de 25 de abril de 1995 (Arz. 3331) atribuye esta naturaleza a la tarifa entonces denominada G-5 (Embarcaciones deportivas y de recreo), por entender que «la prestación de los servicios a que se refiere dicha tarifa no son de solicitud o recepción obligatoria y resultan además susceptibles de ser prestados por el sector privado, hasta tal punto que la tendencia normativa se ha ido abriendo a la posibilidad de convertir estos ingresos en un precio privado». Esta tesis se aplicó por varios Tribunales Superiores de Justicia a una de las tarifas más importantes, la G-3 –originariamente «Embarque, desembarque y transbordo», denominada luego por la Ley 18/1985 «Mercancías y pasajeros»–, según indican BARQUERO ESTEVAN, J.M. y GARCÍA MARTÍNEZ, A., «Las tarifas y cánones portuarios desde la perspectiva de la reserva de ley», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 51, 2000, págs. 21 y ss. (pág. 28), con las oportunas referencias.

<sup>3</sup> Para una exposición crítica de esta STC me permito remitir a mi comentario «Los precios públicos y el principio de legalidad», *Quincena Fiscal*, 17/1996. Puede verse también mi artículo «"Precios públicos": Una nueva figura de ingresos públicos en el Derecho Tributario español», *Civitas. REDF*, núm. 111, 2001, págs. 445 y ss.

<sup>4</sup> Arz. 519.

En consecuencia, las tarifas están sometidas al principio de reserva de ley, que a juicio del Tribunal, y contrariamente a lo que había venido sosteniendo en su jurisprudencia precedente, no se cumple por las correspondientes normas reguladoras <sup>5</sup>.

BARQUERO y GARCÍA señalan que «la argumentación del Tribunal Supremo adolece de una cierta confusión o, al menos, de poca claridad». Esta crítica está especialmente justificada respecto a la supuesta obligatoriedad impuesta por disposiciones reglamentarias, que, en realidad, no existe. El argumento de que el pago de la tarifa constituye una condición para el ejercicio de la actividad y sólo puede ser eludido renunciando a ésta, puede ser interpretado en el sentido de que el servicio portuario en cuestión es indispensable con el significado que atribuye a este calificativo la STC 185/1995. Esta afirmación no es en absoluto evidente, por lo que su demostración requeriría un razonamiento más detenido, en ausencia del cual se convierte en un mero postulado. Éste es, como veremos, uno de los puntos básicos del problema planteado en las sentencias del Tribunal Constitucional que estamos comentando.

Mientras el Tribunal Supremo sostiene la doctrina anterior se produce una modificación legislativa de gran importancia: se dicta la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), que altera radicalmente la naturaleza de las tarifas, a las que atribuye expresamente «el carácter de precios privados» (Art. 70.1). Este cambio de naturaleza no es una decisión arbitraria del legislador, sino que está en consonancia con los principios que inspiran la regulación de la gestión portuaria en la nueva ley. En palabras de su Exposición de Motivos, «se han preferido eliminar las rigideces propias de la función y estructura administrativa, para hacer compatible la prestación del servicio encomendado al Estado con los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial que en los puertos se debe desarrollar». Estos principios justifican «la definición de las tarifas por servicios portuarios prestados directamente por las autoridades portuarias como recursos de Derecho privado, en sustitución del anterior carácter de precios públicos que venía planteando problemas de rigidez y de adaptabilidad para su necesaria utilización como instrumentos de gestión portuaria».

Sin embargo, la calificación legal de las tarifas portuarias como precios privados, con las obvias consecuencias en relación con la reserva de ley, sólo se pudo mantener pacíficamente hasta que se dictó la STC 185/1995. Dicha naturaleza legal no excluía el planteamiento de la cuestión de si las tarifas eran o no «prestaciones patrimoniales de carácter público», que es la expresión empleada por el artículo 31.3 de la Constitución para definir el ámbito del principio de reserva de ley, a la vista de la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de esta expresión en la citada sentencia. De acuerdo con esta interpretación, por lo demás bien conocida, el elemento esencial del concepto de prestación patrimonial de carácter público es su carácter coactivo y, a su vez, la coactividad se define en términos puramente fácticos: que el servicio sea imprescindible («objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social») o se preste en condiciones de monopolio de derecho o de hecho. Esta noción de prestación patrimonial de carácter público

<sup>5</sup> La razón es que la fijación de la cuantía se había llevado a cabo en una Orden Ministerial, cuando «este elemento de la relación jurídico-tributaria debería haber estado contenido, cuando menos, en una disposición con rango de Real Decreto, ya que aquí no existe tampoco una Ley que atribuya la potestad reglamentaria al Ministro».

prescinde, en realidad, por completo del régimen jurídico tanto del servicio o actividad del ente público como de la obligación del particular, lo cual abre la posibilidad de calificar como prestación patrimonial de carácter público a un precio satisfecho por un servicio del ente público prestado en virtud de un contrato sometido plenamente al Derecho privado. Ésta es precisamente la vía que permitió a algunos Tribunales de Justicia primero, y al Constitucional después, en las sentencias que estamos comentando, desconocer, a efectos de la reserva de ley, la naturaleza de precio privado atribuida a las tarifas portuarias por la LPMM. Con esta interpretación, el nombre «prestación patrimonial de carácter público» adquiere un significado puramente convencional para designar a aquellas prestaciones que, según la doctrina del TC, están sometidas a reserva de ley. De dicho nombre no se infiere criterio alguno para determinar el ámbito de este principio; no lo es, en especial, la naturaleza pública o privada de las relaciones entre el ente público y el usuario del servicio. Por lo demás, parece evidente que la STC 185/1995 sitúa la noción de prestación patrimonial de carácter público en un terreno de extrema indeterminación e inseguridad.

### **C. Jurisprudencia dictada a la vista de la STC 185/1995. Crítica: independencia del concepto de prestación patrimonial de carácter público de los tipos de prestación.**

La posición de los Tribunales ante la situación creada por la LPMM y la STC 185/1995 fue muy diversa. Entre los Tribunales Superiores de Justicia, algunos se sometieron a la tesis antes mencionada del Tribunal Supremo –que, no se olvide, se refería a casos anteriores a la LPMM– y atribuyeron a las tarifas la naturaleza de tasas <sup>6</sup> o, más correctamente, de prestaciones patrimoniales de carácter público <sup>7</sup>. Otros TSJ no discutieron la naturaleza de precios privados dispuesta por la LPMM, lo que les llevó, ante su falta de jurisdicción, sea a la inadmisión del recurso <sup>8</sup> sea a su desestimación <sup>9</sup>. Sólo algunos TSJ entendieron, a nuestro juicio correctamente por lo que más adelante diremos, que separarse de las consecuencias que se derivan en cuanto a la reserva de ley de la calificación legal de las tarifas como precios privados exigiría un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, al que habría que plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad <sup>10</sup>.

<sup>6</sup> A título de mero ejemplo, SSTSJ Canarias 6-10-2001 (JT 2001/167), Cantabria 12-7-2000 (JT 2000/1459), Valencia 6-4-2001 (JT 2001/1458) y Cataluña 12-9-2002 (JT 2002/1833).

<sup>7</sup> STSJ País Vasco 11-10-2002 (JT 2002/282).

<sup>8</sup> STSJ Murcia 19-5-1999 (JT 1999/1071).

<sup>9</sup> STSJ Cataluña 16-11-2001 (JT 2001/591).

<sup>10</sup> En este sentido STSJ Andalucía 1-6-2001 (JT 2001/1869). Sin embargo, como más adelante se precisará, yerra esta sentencia al plantear el problema como una cuestión de calificación (precio privado o tasa), y no como la cuestión, independiente de la anterior, de la existencia o no de una prestación patrimonial de carácter público. El Tribunal considera que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad era competencia del juez civil. En la misma línea, la STSJ Asturias 29-12-2003 (JT 2004/434) sostiene que la doctrina de la STC 185/1995 no puede extenderse a la legislación posterior a la LPMM «toda vez que la indicada sentencia no examina la constitucionalidad de las tarifas portuarias, sino la constitucionalidad de la Ley de Tasas y Precios Públicos...». Considera que se respeta el principio de reserva de ley, al venir amparadas las liquidaciones impugnadas en el artículo 70 de la Ley 27/1992 (LPMM), en la redacción dada por la Ley 62/1997, «disposición normativa que tiene la misma naturaleza y alcance que la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos en la que se regulan prestaciones patrimoniales de carácter público no reguladas por ésta y a la que ni alcanza la declara-

También en la Audiencia Nacional se manifestaron distintos criterios, que atendiendo a sus líneas fundamentales pueden reducirse a dos <sup>11</sup>. El primero es el de aquellas sentencias que aceptaron la calificación legal de las tarifas como precios privados <sup>12</sup>. El segundo, mucho más numeroso, está formado por las sentencias que atribuyen a las tarifas la naturaleza de tasas <sup>13</sup>.

Pues bien, bajo la vigencia de la Ley 1/1966 sobre régimen financiero de los puertos, que no se pronunciaba sobre la naturaleza de las tarifas portuarias, era necesario determinar cuál era esta naturaleza, a fin de decidir si les alcanzaba o no el principio de reserva de ley. Y puesto que se partía pacíficamente del carácter público de los servicios portuarios, era ineludible tener presentes con ese fin las definiciones de tasa y precio público contenidas en la LTPP 8/1989, que son las prestaciones satisfechas por los usuarios de los servicios prestados en régimen de Derecho público. Estas definiciones fueron profundamente alteradas por la STC 185/1995.

Pero esto, que era necesario ante el silencio del legislador, se volvió inadmisibile una vez que éste se pronunció claramente sobre la naturaleza de las tarifas en la LPMM, atribuyéndoles de manera terminante la naturaleza de precios privados. A partir de este momento únicamente podía revo-

---

ción de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional respecto a la Ley de Tasas y Precios Públicos, ni puede declararse por los Tribunales de Justicia en función de la interpretación efectuada por dicho alto Tribunal al tratarse de una materia que no tienen atribuida... [L]a inaplicabilidad de la Ley 62/1997 tan sólo puede llevarse a cabo previa declaración de inconstitucionalidad de la misma, cuestión que no estimamos necesario plantear...».

- <sup>11</sup> Puede verse una clasificación de las sentencias de la Audiencia Nacional en esta materia en BARQUERO ESTEVAN y GARCÍA MARTÍNEZ, *op. cit.* (*supra*, nota 2), págs. 33 y ss.
- <sup>12</sup> Sentencias de 4-3-1998 (rec. 1217/1996) y 6-5-1998 (rec. 537/1996) (Pte. D. Ernesto Mangas González). El Tribunal contrapone, a nuestro juicio erróneamente, esta tesis a la que las califica como prestaciones patrimoniales de carácter público. La calificación como precios privados le lleva a rechazar la infracción del principio de reserva de ley. No obstante, declara la nulidad de la Orden Ministerial impugnada por estimar que el Ministro carecía de la necesaria competencia. La sentencia de 24-11-1995 (rec. 395/1993) (Pte. D. José Luis Requero Ibáñez) alude sólo de pasada a la cuestión de la naturaleza de las tarifas y, al igual que las anteriores, funda el fallo anulatorio de las Órdenes de regulación de las tarifas en la incompetencia del Ministro y en la omisión del dictamen del Consejo de Estado. Las sentencias de 7-2-1997 (rec. 1460/1995) y 20-3-1998 (rec. 1643/1995), cuyo ponente fue el mismo magistrado, toman ya en consideración la STC 185/1995 con vistas a resolver la cuestión (en lo erróneo de cuyo planteamiento es necesario insistir) de si la naturaleza jurídica de las tarifas es la de precio privado o prestación patrimonial de carácter público. Sin embargo acaban por negar prácticamente la importancia de la cuestión respecto al caso concreto, «toda vez que ya se trate de un precio privado [*sic*; ya de una prestación patrimonial de carácter público (?)], es lo cierto que ha habido *interpositio legislatoris* pues la Ley 27/1992 crea *ex novo* la tarifa como precio privado». El fallo se funda en los mismos motivos que la sentencia de 24-11-1995.
- <sup>13</sup> Dentro de las sentencias que sostienen esta tesis, cabe distinguir un primer subgrupo en el que se incluyen las de 26-2-1998 (dos) (recs. 895 y 992/1997), 12-3-1998 (rec. 971/1997), 24-3-1998 (rec. 6548/1997), 27-5-1998 (rec. 972/1997) y 21-10-1998 (rec. 865/1998), de las que fue ponente D.<sup>a</sup> Margarita Robles Fernández, y un segundo subgrupo, del que forman parte las sentencias de 2-6-1998 (rec. 1058/1997) y 23-5-1998 (rec. 997/1997), cuyo ponente fue D. José Luis Sánchez Díaz. Las sentencias del primero de estos subgrupos se apoyan esencialmente en la STC 185/1995 para llegar a la conclusión de que, a pesar de lo establecido en el artículo 70 de la LPMM las tarifas no son un precio ni público ni privado, sino una tasa. Las del segundo subgrupo, después de afirmar que la tarifa enjuiciada (la T-3, carga y descarga de mercancías) reunía las características del concepto de tasa definido en el artículo 6.º de la LTPP, resuelven el problema planteado por la calificación como precio privado dispuesta por el artículo 70 de la LPMM distinguiendo entre «servicios públicos de utilización obligatoria» y «actividades que no comportan tal obligatoriedad». De ello extraen la siguiente conclusión, reproducida con frecuencia por los TSJ: «Resultaría así un régimen dual de prestaciones: unas exigibles por la Administración en régimen de derecho público (tasas y precios públicos) y otras en régimen de derecho privado (precios privados)». A nuestro juicio, esta afirmación confunde el régimen jurídico de prestación del servicio con la naturaleza de la prestación satisfecha por el usuario.

carce el mandato del legislador por una decisión del Tribunal Constitucional, en el supuesto poco verosímil de que éste entendiese que semejante naturaleza era contraria a la Constitución. La STC 185/1995 no hizo nada de esto, ni proporcionó criterios que sirviesen para resolver si las tarifas portuarias son precios privados, precios públicos o tasas: lo único que estableció son los criterios para decidir si una determinada prestación, *cualquiera que sea su naturaleza*, son o no *prestaciones patrimoniales de carácter público*, a efectos de la aplicación del artículo 31.3 CE.

Con arreglo a la doctrina de esta sentencia, en efecto, este concepto es independiente de la naturaleza de la prestación, ya que, como más atrás hemos recordado, se basa en la existencia de una coactividad de carácter esencialmente fáctico. Así, por ejemplo, de acuerdo con esa doctrina, la existencia de un monopolio de hecho hace que el precio privado pagado por el usuario de un servicio prestado en régimen de Derecho privado sea una prestación patrimonial de carácter público, y es evidente que la existencia del monopolio no altera en absoluto la naturaleza jurídico-privada de la relación entre la entidad suministradora del servicio y el usuario. Es decir que, de acuerdo con la doctrina de la STC 185/1995, un precio privado puede, *sin dejar de ser tal precio privado*, constituir una prestación patrimonial de carácter público, por paradójico que esto pueda parecer. La función de este concepto es, en efecto, puramente constitucional: delimitar el ámbito de aplicación de la reserva de ley del artículo 31.3 CE.

Cuestión distinta es que determinados tipos de prestaciones **pagadas al ente público no pueden ser nunca**, prestaciones patrimoniales de carácter público, porque *por definición legal* no presentan las notas que, de acuerdo con la doctrina de la STC 185/1995, denotan la existencia de coactividad (es el caso de los precios públicos) o, por el contrario, sean **necesariamente** prestaciones patrimoniales de carácter público, porque, *también por definición legal*, presentan siempre dichas notas (como es fundamentalmente el caso de los tributos, incluidas como es obvio las tasas). Esto es así porque, como es sabido, tales definiciones se reformularon precisamente para ajustarlas a los citada STC 185/1995. Pero las prestaciones de esta segunda clase no son prestaciones patrimoniales de carácter público *porque* son tributos, sino porque, *con independencia de esta cualidad*, son prestaciones coactivas en el sentido indicado. Es precisamente con relación a los precios privados donde se manifiesta con la máxima nitidez la independencia de esta figura con el concepto de prestación patrimonial de carácter público, puesto que el concepto de precio privado se define atendiendo estrictamente a su régimen jurídico y prescindiendo de las notas de puro hecho que, siempre según la doctrina de la STC 185/1995, delimitan el carácter coactivo de la prestación.

De las consideraciones anteriores se desprende de manera evidente que de la afirmación de que una determinada prestación patrimonial es de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE no es lógicamente posible extraer conclusión alguna acerca de la naturaleza de la prestación en cuestión. Así, no se podrá afirmar que en lugar de un precio privado es un tributo, y de entre éstos, si es una tasa o un impuesto. Para determinar esta naturaleza es necesario analizar su régimen jurídico a la vista de las normas que le resulten aplicables. Pues bien, estas ideas básicas han sido clamorosamente ignoradas por aquellos Tribunales que resolvieron que, puesto que en vista de la STC 185/1995 las tasas portuarias eran, en su opinión, prestaciones patrimoniales de carácter público, ya no podían seguir siendo calificadas como precios privados, en contra de lo dispuesto en una norma legal taxativa, sino que tenían que ser calificadas como tasas.

En realidad, la intención de estos Tribunales era declarar que las tarifas portuarias eran prestaciones patrimoniales de carácter público, pero para ello se creyeron obligados a prescindir de la calificación de precios privados que la ley les atribuía y recalificarlas como tasas (es decir, tributos) porque partían de la falsa premisa de que el concepto de prestación patrimonial de carácter público va unido a la naturaleza tributaria de la prestación, mientras que, por el contrario, es incompatible con la de precio privado. Bajo esta premisa, la única posibilidad que tenían los Tribunales era plantear la cuestión de **inconstitucionalidad** del precepto de la LPMM que establecía la naturaleza de precios privados de las tarifas, y esto es lo que hicieron los autos que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Constitucional que estamos comentando.

De no haber partido de la premisa indicada, que, como resulta de lo anteriormente expuesto, consideramos que no es correcta, los Tribunales podían, en principio, interpretando directamente la Constitución, declarar que las tarifas portuarias, sin perjuicio de su naturaleza de precios privados, constituirían prestaciones patrimoniales de carácter público, si ello no les ofrecía duda alguna. Hay que reconocer, sin embargo, por otro lado, que, pese a la independencia señalada entre este concepto y la calificación de las tarifas como precios privados, esta calificación legal crea una presunción tan fuerte a favor de la voluntariedad de la prestación que necesita para ser contrarrestada una situación de hecho extraordinariamente clara, tanto más en vista de la indeterminación de las notas definitorias de la coactividad según la doctrina de la STC 185/1995. Todo ello parecería aconsejar que por razones de prudencia la cuestión se defiriese al Tribunal Constitucional. Por eso no deja de causar cierto asombro la desenvoltura con la que algunos Tribunales resolvieron por su cuenta esta cuestión por la vía de recalificar las tarifas como tasas.

Obsérvese, por otra parte, que si una prestación calificada por el legislador como precio privado puede ser o no, según las circunstancias de hecho, una prestación patrimonial de carácter público, la declaración por el Tribunal Constitucional de que lo es en un caso concreto deja intacta dicha naturaleza de precio privado. Otra cosa es que el Estado siga interesado en mantener esta calificación, una vez desaparecida una de sus ventajas principales, como es la flexibilidad en su establecimiento y regulación. En el caso de las tarifas portuarias, el legislador optó, en un primer momento, por convalidar las normas anuladas por los Tribunales manteniendo la naturaleza de precios privados<sup>14</sup>. Esta calificación se mantuvo hasta la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que configura las tarifas portuarias como tasas; pero ésta es ya otra historia.

<sup>14</sup> Véase la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (Ley «de acompañamiento» a los Presupuestos para 2000) y la Disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de la misma clase que la anterior. Ambas disposiciones establecen que para el cobro de las tarifas regidas por las normas de desarrollo de la LPMM, «que mantienen su definición legal de precios privados, no podrá utilizarse potestad administrativa de clase alguna y, singularmente, la vía de apremio». El TSJ del País Vasco ha estimado que estas disposiciones satisfacen el principio de reserva de ley, sentencias de 15-1-2003 (dos) (JT 2003/792 y 92998).

## II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LAS TARIFAS PORTUARIAS SON PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO

### A. Sentencias recientes del TC en materia de tarifas y cánones portuarios.

Algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto a las normas de la LPMM que atribuían a las tarifas portuarias la naturaleza de precios privados han sido resueltas por sentencias recientes del Tribunal Constitucional. Se trata de las sentencias 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; y 122/2005, de 11 de mayo. Sólo las dos primeras entran en el fondo del asunto, y por eso son el objeto principal de este comentario; la tercera resolvió no admitir la cuestión <sup>15</sup>, por considerar que el auto de planteamiento incumplía la exigencia derivada del artículo 35.2 LOTC de concretar –«de modo claro e inequívoco», puntualiza el Tribunal– la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, al no precisar cuál es la redacción objeto de la cuestión. Esta decisión es quizá excesivamente formalista, ya que la nueva redacción del artículo 70.1 de la LPMM por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, no alteraba los términos del problema, que no era otro que el de la compatibilidad de la naturaleza de precios privados atribuida a las tarifas con su posible calificación como prestaciones patrimoniales de carácter público a la luz de la STC 185/1995. La falta de precisión mencionada no impidió la argumentación en cuanto al fondo del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado. En cualquier caso, la decisión sobre el fondo ya había sido tomada por las dos sentencias precedentes.

Las citadas sentencias en materia de tarifas fueron precedidas por la STC 63/2003, de 27 de marzo, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad <sup>16</sup> en relación con determinados preceptos de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modificó la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, en materia de cánones por concesiones administrativas. Aunque se refiere a prestaciones distintas de las tarifas, esta sentencia anticipa en buena medida la posición del Tribunal en las Sentencias 102 y 121/2005. Las liquidaciones por cánones que motivan el planteamiento de la cuestión son anteriores a la STC 185/1995, y en vista de la redacción originaria del artículo 26 de la LTPP, dichos cánones debían ser calificados como precios públicos. De aquí que el auto de planteamiento cuestionase también la constitucionalidad de este precepto.

La tesis del TC es rotunda: «el canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto, en tanto que se exige por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, tal y como concluíamos en las SSTC 185/1995 y 233/1999, constituye una de las prestaciones patrimoniales de carácter público para cuyo establecimiento el art. 31.3 CE exige Ley» (FJ 5). Y añade a continuación: «Pero aún podemos precisar más: "si, como decíamos en la STC 182/1997, los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coac-

<sup>15</sup> Se trata de la primera cuestión de inconstitucionalidad planteada con relación al artículo 70 LPMM, y fue suscitada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Oviedo por auto de 14 de enero de 2000. Fue admitida a trámite por providencia del TC de 29 de febrero de 2000 (BOE de 16 de marzo, núm. 65).

<sup>16</sup> Planteada por el TSJ Canarias (Sala de Gran Canaria) mediante auto de 27 de diciembre de 1994.



tivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos' (FJ 15), no cabe la menor duda de que, con independencia de la calificación formal que les otorga" (STC 233/1999, FJ 18) la Ley 18/1985, los llamados cánones por "concesiones administrativas" o, lo que es igual, por ocupación el dominio público portuario, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria». Este párrafo se repite, como veremos, en las SSTC 102 y 121/2005.

Sobre esta base, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, por considerar que no establecían criterios que limitasen la libertad de los órganos administrativos a los que se encomendaba la fijación de la cuantía de los cánones en una medida compatible con la reserva de ley. En los términos de la sentencia (FJ 7, último párrafo), «la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley; lo que no aparece en los preceptos cuestionados, que con la referencia a la "política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno", de una parte, y "a la normativa general y objetivos anuales" establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de otra, trazan un ámbito de cuantificación que deja un amplísimo margen de libertad a los mencionados órganos del poder ejecutivo, lo que implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 CE».

## B. Las SSTC 102 y 121/2005.

Volviendo a las SSTC 102 y 121/2005, señalemos, en primer lugar, que resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la LPMM, la primera de ellas en su redacción originaria<sup>17</sup> y la segunda en la redacción establecida por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre<sup>18</sup>. El fallo en ambos casos es declaratorio de la inconstitucionalidad de dichas normas. La primera de las dos cuestiones se planteó por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

<sup>17</sup> Se transcribe esta redacción para facilidad de consulta:

«1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados.

2. El Ministro de Obras Públicas y Transportes establecerá, a propuesta de Puertos del Estado y oídas las asociaciones de usuarios de ámbito estatal directamente afectadas, los límites mínimos y máximos de las tarifas por los servicios portuarios prestados en puertos de competencia del Estado a que se refiere el apartado anterior.»

<sup>18</sup> Su texto era el siguiente:

«1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados y deberán garantizar el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas.

El Ministro de Fomento definirá los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales.

2. Las Autoridades Portuarias aprobarán sus tarifas conforme a los criterios de rentabilidad que se establezcan, que en cualquier caso será positiva, y a las estrategias comerciales de cada Autoridad Portuaria.»

Dichas tarifas se actualizarán con periodicidad anual, de acuerdo con la evolución de los diferentes componentes del coste de los servicios y con los criterios de política portuaria que se establezcan.

del Tribunal Supremo con ocasión de un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 1995<sup>19</sup>, dictada en un recurso directo contra una de las Órdenes Ministeriales que, sobre la base de la LPMM, establecían la cuantía de las tarifas (la de 13 de abril de 1993). Tiene, pues, un alcance más general que la segunda cuestión, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dentro de un proceso contra liquidaciones practicadas por una Autoridad Portuaria por una tarifa en particular, la T-9 («Servicios diversos»; por «limpieza de muelles y depósito»). En cuanto al fondo, sin embargo, existe una práctica identidad en la argumentación de las dos sentencias, hasta el punto de que la 121/2005 reproduce literalmente en su mayor parte los Fundamentos Jurídicos de la 102/2005. Por eso es adecuado analizar conjuntamente ambas resoluciones.

### C. El auto de planteamiento y las alegaciones del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado.

Antes de examinar los argumentos del Tribunal Constitucional, tiene cierto interés destacar algunos aspectos tanto del auto de planteamiento como de las alegaciones del Abogado del Estado y del Fiscal General en ambos procesos.

En el auto de planteamiento de la cuestión resuelta por la STC 102/2005, según el resumen que de él hacen los antecedentes de la sentencia, el TS afirma que la sentencia de la Audiencia Nacional anuló la Orden Ministerial recurrida «expresamente por motivos de forma y, tácitamente, por considerar las tarifas por servicios portuarios como "prestaciones patrimoniales de carácter público" a las que alude el artículo 31.3 CE y no como "precios privados"». Esta afirmación causa sorpresa, pues, aun aceptando que una resolución judicial pueda fundarse en motivos «tácitos», lo cierto es que la sentencia citada no pone en duda la naturaleza de precios privados que, por disposición de la LPMM, tenían las tarifas, a no ser que se considere como manifestación de duda la afirmación de que «si bien se trata de precios privados por medio de los cuales se pagan servicios portuarios en régimen de Derecho privado, es lo cierto que no se está ante una relación jurídico-privada más»<sup>20</sup>.

En cualquier caso, el TS centra la cuestión en la naturaleza de las tarifas, planteándola en términos de la alternativa precio privado-prestación patrimonial de carácter público: tras exponer determinadas circunstancias que, **a su juicio**, concurren en las tarifas portuarias (en síntesis, carácter indispensable y existencia de monopolio), afirma (siempre según el resumen de la STC 102/2005) que «si se aprecia que las citadas circunstancias concurren, de acuerdo con la tantas veces citada STC 185/1995, las retribuciones por la prestación de los servicios portuarios no podrían constituir "pre-

<sup>19</sup> En el recurso núm. 395/1993.

<sup>20</sup> La frase transcrita en el texto, contenida en el Fundamento de derecho 9.º de la sentencia, continúa así: «... sino que todo esto es consecuencia... de que el Estado por medio de la Ley 27/1992 ha optado por que la gestión de los puertos se lleve a ese régimen y que un órgano de la Administración del Estado –Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente– regule, tutele y fiscalice esa gestión que se lleva a cabo por medio de unos entes públicos instrumentales...». Como se recordará (cfr. *supra*, nota 12), la Audiencia Nacional anuló la Orden impugnada por estimar que el Ministro carecía de la potestad necesaria y por haberse omitido el dictamen del Consejo de Estado.

cios privados" sino "prestaciones patrimoniales de carácter público", razón por la cual los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992 vulnerarían el artículo 31.3 CE». Ya hemos puesto de manifiesto más atrás el error que se comete al contraponer estos dos conceptos, por lo que no es necesario volver sobre ello. Baste decir aquí que la pregunta pertinente hubiera sido si *a pesar de ser las tarifas precios privados* constituían o no prestaciones patrimoniales de carácter público.

En este mismo error incurren tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado. El primero argumenta que «si estamos ante un auténtico precio privado, cobrado por un servicio prestado con arreglo al Derecho privado, no es posible calificarlo como "prestación patrimonial de carácter público"...»; de igual manera afirma más adelante: «el auténtico problema suscitado por el Auto de planteamiento es si el poder legislativo erróneamente llama precio privado a lo que en realidad constituye una prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 CE, esto es, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 185/1995 (FJ 3), una prestación coactivamente impuesta por un ente público». La contraposición entre las dos figuras se repite en otros pasajes de sus alegaciones. El mismo planteamiento hace el Fiscal General del Estado, para el que la primera cuestión consistía en determinar «si las tarifas portuarias que regula la Ley 27/1992 constituyen "precios privados" y, por ende, no están sometidas al principio de reserva de ley del artículo 31.3 CE».

#### D. Argumentación del TC.

En su argumentación sobre el fondo, el TC después de formular algunas consideraciones sobre el contenido del principio de reserva de ley, enuncia la cuestión planteada en los siguientes términos (FJ 4): «... dado que la reserva de ley de los artículos 133.1 y 31.3 de la CE se establece únicamente para los tributos y las "prestaciones patrimoniales de carácter público", es preciso determinar, con independencia del *nomen iuris* empleado por el legislador, cuál es la verdadera naturaleza de las tarifas portuarias para comprobar si le [*sic*] es aplicable la citada reserva». Esta manera de plantear el problema incurre en un nuevo error, distinto del que hemos venido señalando –contraponer precios privados y prestaciones patrimoniales de carácter público– aunque muy relacionado con él. Existiría un problema de *nomen iuris* si lo que se cuestionase es si la prestación que la ley denomina «precio privado» en realidad, atendido su régimen jurídico, es una prestación distinta, por ejemplo, una tasa. Se trataría entonces de un problema análogo al que se suscita cuando las partes denominan compraventa a un contrato que, a la vista de sus cláusulas, resulta ser un depósito o un préstamo. Por lo demás, el legislador no se limitó a poner un nombre a la figura, sino que afirmó imperativamente que las tarifas «tendrán el carácter de precios privados», remitiendo de este modo en su totalidad al Derecho privado. Por el contrario, el problema que aquí se plantea es si, *no obstante ser precios privados*, al existir una coactividad *de facto*, en el sentido de la doctrina del TC, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público.

El planteamiento de la cuestión en los términos en que lo hace el TC no tiene una simple relevancia dogmática, sino que también tiene importantes consecuencias prácticas. La principal es que, **en virtud de tal planteamiento**, la declaración de que las tarifas son prestaciones patrimoniales de carácter público lleva consigo la consecuencia de que es inconstitucional la norma que les atribuye

el carácter de precios privados. **Por el contrario, si, de acuerdo con nuestra postura, se considera que ambos conceptos son independientes, semejante** declaración únicamente puede servir de fundamento a la inconstitucionalidad de las normas reguladoras del establecimiento y cuantificación de las tarifas que no sean conformes con el principio de reserva de ley. Esto último es lo que resuelven las SSTC comentadas acerca del apartado 2 del artículo 70 de la LPMM, en las redacciones respectivamente consideradas. Pero, de acuerdo con lo anterior, es erróneo el fallo de ambas sentencias, en cuanto en idénticos términos decreta (FF.JJ. 8 y 10, respectivamente, último párrafo, al que remite el Fallo) que procede declarar inconstitucional el apartado 1 del artículo 70, «en la medida en que califica como "precios privados" a contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público».

El error señalado tiene notable semejanza con el que, a nuestro juicio <sup>21</sup>, cometió la STC 185/1995, cuando después de afirmar que algunas de las prestaciones incluidas por la LTPP dentro de los precios públicos eran prestaciones patrimoniales de carácter público y en consecuencia estaban sujetas a reserva de ley, en lugar de declarar inconstitucionales las normas reguladoras de su establecimiento y cuantificación, modificó la definición legal de precio público para excluir de ella los de carácter coactivo en el sentido definido en la propia sentencia.

Una segunda consecuencia práctica de este planteamiento (y del fallo basado en él) es que en vista de él ya no sería posible seguir manteniendo la calificación como precios privados de las tarifas; no sería, por tanto, admisible el intento de sanar las deficiencias de su regulación desde la perspectiva del principio de reserva de ley, como el llevado a cabo por las Leyes «de acompañamiento» 55/1999 y 14/2000. Estas normas demuestran que al legislador le interesaba, al menos inicialmente, mantener la calificación como precios privados a pesar de haber perdido la ventaja que representaba desde el punto de vista de la flexibilidad el no sometimiento al principio de reserva de ley <sup>22</sup>.

Hay que ir al Fundamento Jurídico 5 (en términos iguales, salvo la referencia a las tarifas controvertidas, en el FJ 7 de la STC 121/2005) para encontrar el enunciado correcto del problema, que no es otro que «concretar si las tarifas [a las que se refiere la cuestión] tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público conforme a la doctrina de este Tribunal» (consagrada en las SSTC 185/1995 y 233/1999), independientemente, por tanto, de la calificación como precios privados. El Tribunal anticipa inmediatamente su tesis:

«Pues bien, a la luz de esta jurisprudencia, puede afirmarse que la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 regula "tarifas" que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al artículo 31.3 CE, dado que, frente a lo que mantienen el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, con independencia de que la norma califique como "servicios" todos los presupuestos de hecho que determinan su devengo, dichas tarifas se exigen, bien efectivamente por servicios que –al margen de

<sup>21</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., «Los precios públicos y el principio de legalidad», cit. (nota 3), pág. 15.

<sup>22</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., «Precios públicos...», cit. (nota 3), pág. 457.

que, como señala el órgano judicial proponente de la cuestión, puedan o no calificarse como "objetivamente indispensables"— se prestan en régimen de monopolio, bien por la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias.»

En el párrafo transcrito están resumidos también los argumentos en los que se basa la tesis expuesta, que el TC desarrolla en la STC 102/2005 mediante un examen de las tarifas reguladas en la Orden Ministerial impugnada en el proceso en el que se suscitó la cuestión, cuyas conclusiones son las siguientes:

«En definitiva, debe considerarse que los "servicios portuarios" a que hace referencia la Orden ministerial cuestionada en el proceso *a quo* implican, bien la prestación de servicios o realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y, en consecuencia, "los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación" [STC 185/1995, FJ 3 c)], bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan "una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos" [STC 185/1995, FJ 4 a)]. De donde se deduce que las tarifas por los denominados "servicios públicos" portuarios constituyen prestaciones de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE que, en cuanto tales, quedan sometidas a la reserva de ley [STC 185/1995, FJ 4 a); en el mismo sentido, STC 233/1999, FJ 16].»

En la STC 121/2005, en la que la cuestión se refiere a una tarifa singular (la T-9, por la «limpieza de muelles y depósito»), el razonamiento es algo distinto: el Tribunal considera que «el citado servicio de limpieza constituye claramente un servicio de recepción obligatoria por los particulares» y además se encuentra monopolizado por la Administración; por consiguiente, la tarifa satisfecha por él es una prestación patrimonial de carácter público sometida a la reserva de ley (con cita igualmente de las SSTC 185/1995 y 233/1999).

Habiendo llegado a la conclusión de que las tarifas son prestaciones patrimoniales de carácter público, esta pieza del razonamiento podía haber concluido aquí y haberse pasado directamente a la siguiente, que consiste en examinar si la regulación de las tarifas examinadas respeta o no el principio de legalidad. Naturalmente el TC responde negativamente a esta cuestión, formulando al hacerlo algunas consideraciones sobre el principio de reserva de ley (FD 7 de la STC 102/2005; FF.DD. 8 y 9 de la STC 121/2005), que se limitan fundamentalmente a recordar la doctrina consolidada, aunque en ello reside su interés: la ley puede remitir a normas reglamentarias para la fijación de la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público, incluso a una orden ministerial, pero a condición de que esa remisión no sea tan indeterminada que produzca un vaciamiento (una «degradación», dice la sentencia) de la reserva. La reserva de ley tributaria es relativa y especialmente flexible cuando la prestación tiene un carácter «sinalagmático» —carácter que, en sentido técnico, ha venido, no obstante, negando tradicionalmente la doctrina de los autores con relación a las tasas—,

pero no puede llegar al pleno desapoderamiento del legislador (STC 19/19987). Invoca la STC 63/2003 para establecer que «la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley».

### III. REPARACIÓN DEL «CONCEPTO MATERIAL» DE TRIBUTO

#### A. Tesis del TC: las tarifas portuarias son tributos. Crítica.

El TC no termina, sin embargo, su argumentación con la conclusión de que las tarifas cuestionadas son prestaciones patrimoniales de carácter público, sino que da un paso más consistente en afirmar que tienen naturaleza tributaria.

Comienza el Tribunal Constitucional por hacer la siguiente afirmación, que se encuentra en ambas sentencias <sup>23</sup>: «si, conforme a la doctrina de este Tribunal "los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos" (STC 182/1997, FJ 15), no cabe la menor duda de que, con independencia de la calificación formal que les otorga la Ley 27/1992 (STC 233/1999, FJ 18), las llamadas "tarifas" por servicios portuarios constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria».

La frase reproducida está tomada de manera literal, salvo las indispensables adaptaciones, de la STC 233/1999. En ésta se dice que «no cabe la menor duda de que, con independencia de la calificación formal que les otorga la LHL, los precios públicos que hemos identificado como prestaciones de carácter público son materialmente tributos».

Por de pronto hay que señalar que la función que tenía la formulación de la definición de tributo en la STC 182/1997, era determinar si eran o no tributos las prestaciones por incapacidad laboral transitoria que el Real Decreto-Ley 5/1992 obligaba al empresario a satisfacer al trabajador en ciertos supuestos, con el fin de resolver si era o no aplicable a esa disposición el límite al contenido del real decreto-ley establecido en el artículo 86.1, consistente en no poder afectar al deber de contribuir. En ese contexto el énfasis de la definición de tributo se ponía en la nota de ser satisfecho a un ente público; la ausencia de esta nota en el caso considerado llevó al Tribunal a «descartar *a radice*» la naturaleza tributaria de la prestación examinada, a la que sí reconoció, en cambio, la de prestación patrimonial de carácter público, tesis que suscitó algunas críticas doctrinales <sup>24</sup>. Ahora bien,

<sup>23</sup> FD 6 de la STC 102/2005; FD 7, último párrafo de la STC 121/2005. La única variante entre las dos sentencias consiste en que en la segunda se hace referencia tan sólo, como es lógico, a «la tarifa impugnada en el proceso *a quo* por el servicio de limpieza de muelles».

<sup>24</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., «Precios públicos...», cit. (nota 3), págs. 454 y ss.

cuando la STC 233/1999 aplica a los precios públicos que son prestaciones patrimoniales de carácter público –bajo la legislación objeto del correspondiente proceso constitucional– la definición de tributo formulada por la STC 182/1997 está sacando a esta definición de su contexto y equiparando incorrectamente la coactividad característica de los tributos, que es una coactividad jurídica (es decir, ejercida por los órganos del Estado con arreglo a Derecho), con la coactividad contemplada por la STC 185/1995, que es una coactividad puramente fáctica.

Por otra parte, la calificación como tributos de los precios públicos que son prestaciones patrimoniales de carácter público desempeñaba una función determinada en la argumentación de la STC 233/1999, consistente en justificar la aplicación a esas figuras de las normas constitucionales que proclaman la autonomía tributaria de las corporaciones locales y matizar, en consecuencia, la aplicación a dichos precios públicos de la reserva de ley. En efecto, antes de hacer la mencionada calificación, el Tribunal señalaba que «tampoco respecto de los precios públicos definidos en la LHL es posible trasladar, sin los necesarios matices, la doctrina que sobre la reserva de ley sentamos en la STC 185/1995», y a continuación decía, inmediatamente antes del párrafo citado por la STC 102/2005, antes transcrito, lo siguiente: «En concreto, como recordábamos más atrás, de acuerdo con los artículos 133.2 y 140 CE, las Corporaciones Locales han de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia». Y continuaba diciendo lo siguiente: «Desde luego que, en tanto que tributos propios de las Corporaciones Locales desde la perspectiva constitucional, la Ley debe reconocerles un margen de decisión a éstas en su establecimiento o exigencia...».

En vista de lo anterior hay que afirmar que la calificación como tributos de figuras que no lo son, por la simple razón de que no son tasas, contribuciones especiales o impuestos, sólo puede aceptarse a los limitados efectos de servir de presupuesto para la aplicación analógica a dichas figuras de normas constitucionales destinadas a los tributos. Esta observación induce a atenuar las críticas a la mencionada calificación por la STC 233/1999, las cuales, no obstante, mantienen su plena validez si pretende otorgar a dicha calificación carácter absoluto, fuera del contexto en que fue formulada por el TC. Las aludidas críticas<sup>25</sup> ponen de manifiesto la falta de fundamento del «concepto material» de tributo, que presupone implícitamente un concepto «formal», que sería el que comprende las tres figuras antes mencionadas (impuestos, tasas y contribuciones especiales). Ahora bien, este concepto de tributo no es formal puesto que no se define en virtud de características formales (como sería la denominación dada por el legislador, el *nomen iuris*), sino atendiendo a su configuración legal y al régimen jurídico aplicable<sup>26</sup>; a no ser que se considere que éstas son características formales. En realidad, al contraponer un concepto «material» de tributo a uno «formal» se están confrontando dos conceptos materiales de tributo: por un lado el utilizado por la legislación tributaria,

<sup>25</sup> Véanse las que formulábamos en nuestro comentario a la STC 233/1999 («Lo más destacado de la sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales»), en el número 204 (2000), fascículo de jurisprudencia, de esta revista, págs. 141 y ss. (pág. 148).

<sup>26</sup> La nueva Ley General Tributaria contiene, a diferencia de la de 1963, una definición de tributo en su artículo 2.º 1, que es la siguiente: «Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos».

compreensivo de las tres categorías tradicionales; por otro el apuntado en la STC 233/1999 y retomado por las SSTC que estamos comentando. En este segundo significado el concepto de tributo vendría a coincidir fundamentalmente con el de «prestación patrimonial de carácter público».

La equiparación de las prestaciones patrimoniales de carácter público a tributos fue expresamente rechazada por la STC 185/1995 (FJ 3) y además choca con los presupuestos básicos de esta sentencia, con arreglo a los cuales, como hemos recalado, el concepto de prestación patrimonial de carácter público se compone de elementos de puro hecho, independientes de cualquier figura jurídica, sea ésta tributo, precio público o precio privado. Es interesante observar que la afirmación de la STC 185/1995 de que las prestaciones patrimoniales de carácter público constituyen una categoría más amplia que la de tributos, en la que éstos se integran –aunque, en rigor, insistimos, se trata de categorías distintas y separadas– se reitera incoherentemente tanto por la STC 233/1999 (FJ 9) como por las SSTC 102/2005 (FJ 3) y 121/2005 (FJ 5). Es claro que en este caso el TC está utilizando el término «tributo» en el primero de los sentidos antes indicados (es decir, en el sentido en que se utiliza por la legislación ordinaria).

## B. El «concepto constitucional de tributo».

Estimulados por esta doctrina del TC algunos autores han construido un concepto constitucional de tributo<sup>27</sup>, que permitiría extender a figuras distintas de los tributos en el sentido de la legislación ordinaria la aplicación de algunos principios constitucionales, principalmente los de reserva de ley y capacidad económica. Que este concepto es innecesario, y por tanto perturbador, para definir el ámbito de la reserva de ley era patente desde el principio, pues se trataba de poner un nombre distinto a un concepto para el que la Constitución ya había elegido una denominación («prestación patrimonial de carácter público») precisamente con el fin de excluir que dicho ámbito se redujese a los tributos en sentido ordinario. En cuanto al principio de capacidad económica, la posibilidad de su aplicación a los tributos distintos del impuesto es muy limitada, cuanto más a prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias<sup>28</sup>.

Pedro M. HERRERA MOLINA<sup>29</sup> ha demostrado rigurosamente la futilidad del concepto constitucional de tributo a los efectos en que podría tener relevancia jurídica, que serían, además de los indicados, el de la distribución de competencias entre el Estado y los entes de nivel inferior. El autor citado empieza por definir con precisión dicho concepto y demostrar que es más limitado que el de prestación patrimonial de carácter público<sup>30</sup>. Éste comprendería, por un lado, el impuesto y, por otro, las «prestaciones patrimoniales públicas con finalidad financiera y carácter sinalagmático (tasas,

<sup>27</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., «Precios públicos...», cit. (nota 3), págs. 457 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 459.

<sup>29</sup> HERRERA MOLINA, P. M., «La irrelevancia jurídica del "concepto constitucional de tributo"», *Quincena Fiscal*, núm. 2/2004, págs. 9 y ss.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, págs. 11 y ss.



contribuciones especiales y determinadas prestaciones patrimoniales entre particulares)». Estas prestaciones entre particulares no se pueden considerar tributos en el sentido que atribuye a este término el TC, por cuanto no están relacionadas con un pago al ente público. Merece la pena transcribir las conclusiones de este notable estudio <sup>31</sup>:

«En conclusión, debe afirmarse que *el concepto constitucional de tributo carece en sí mismo de auténtica relevancia jurídica*. Su única "utilidad" está en constituir un presupuesto lógico para delimitar el concepto constitucional de impuesto. Ahora bien, un concepto *genérico* cuya única virtualidad radica en delimitar otro específico, resulta irrelevante.

El concepto de impuesto se caracteriza en la jurisprudencia constitucional como un *tributo* no sinalagmático (ex SSTC 233/1999 y 63/2003). El concepto de impuesto determina –con toda la relatividad que se quiera– el ámbito de la reserva de ley en materia tributaria *en su versión más estricta*, el ámbito del principio de capacidad económica como *criterio de cuantificación* y la distribución de competencias basada en la *distinción entre poder originario y derivado*.

Junto al concepto de impuesto se sitúa el de *prestaciones patrimoniales públicas con finalidad financiera y carácter sinalagmático (tasas, contribuciones especiales y determinadas prestaciones patrimoniales entre particulares)*. En ellas la reserva de ley opera de modo más flexible, a través del establecimiento legal de conceptos jurídicos indeterminados que garanticen el principio de equivalencia en la cuantía de la prestación; la capacidad económica opera como mero límite externo que garantiza el mínimo existencial y limita a un papel secundario la financiación mediante mecanismos distintos de los impuestos. La distribución de competencias se subordinará a reparto de competencias sobre la actuación administrativa.»

En la medida en que el concepto material de tributo coincide el concepto constitucional, las SSTC 102/2005 y 121/2005 son una confirmación de la inutilidad de este concepto. En efecto, la afirmación de que las tarifas portuarias tienen naturaleza tributaria no añade nada a la conclusión de que son prestaciones patrimoniales de carácter público y como tales están sujetas al principio de reserva de ley.

### C. El concepto de tasa y las formas de gestión de los servicios públicos.

El TC no se limita a afirmar que las tarifas portuarias son tributos, sino que añade una consideración relativa a la forma de gestión de los servicios portuarios y un argumento a favor de dicha tesis.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, págs. 19 y ss. La cursiva es del original.

La primera consiste en la afirmación de que las tarifas «son tributos, con independencia de que los servicios sean prestados por la Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad del párrafo segundo del art. 2.º 2, a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que, a los efectos de calificar a las prestaciones patrimoniales satisfechas por los ciudadanos a las Administraciones públicas como tasas, dispone que "[s]e entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público"».

La referida afirmación es, en realidad, un mero corolario del concepto de tributo en sentido material como equivalente a prestación patrimonial de carácter público. Como hemos indicado reiteradamente, de acuerdo con la doctrina de la STC 185/1995 éste es un concepto puramente fáctico, es decir, que prescinde de la naturaleza y régimen jurídico de la prestación. Ahora bien, la invocación en demostración de tal aserto del precepto citado de la nueva LGT, que forma parte de la definición que esta Ley contiene del concepto de tasa, supone implícitamente que el TC califica como tasas a las tarifas y ello significa que ya no está utilizando el indicado concepto material de tributo sino el **concepto ordinario que emplea la LGT**. Por tanto, vuelve aquí a ponerse de manifiesto que el Tribunal no utiliza de manera coherente el concepto de tributo. Por otra parte, al calificar implícitamente como tasas a las tarifas portuarias, el TC incurre en el mismo error ya señalado de algunas sentencias de la Audiencia Nacional y de TSJ.

Quizá lo que perseguía el TC al afirmar que las tarifas son tributos con independencia de la forma de prestación del servicio era rechazar la alegación del Abogado del Estado según la cual la existencia de un régimen jurídico-público es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia de una prestación patrimonial de carácter público. En realidad, lo que dice la STC 185/1995 es que «[e]l sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de Derecho público no es suficiente por sí solo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación patrimonial de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE» (FJ 3, b), lo cual ni siquiera es afirmar que sea una condición necesaria.

Cabe, sin embargo, la posibilidad de que la confusa <sup>32</sup> norma de la LGT citada estuviese redactada pensando en dicho concepto material de tributo. Así lo hace pensar la motivación de las enmien-

<sup>32</sup> Según ARGÜELLES PINTOS, J., «Comentario al artículo 2.º» en HUESCA BOBADILLA, R. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Aranzadi, 2004, «examinando [la enmienda de la que proviene el párrafo 2.º del art. 2.º 2, a) LGT-03] creemos que ciertamente no ha aclarado nada o lo que ha conseguido es oscurecer el concepto de tasa». La interpretación de esta norma que el autor citado considera correcta «es la que entiende que la remisión a la legislación administrativa es simplemente general y que lo trascendente es que el servicio se preste por un ente público. Ahora bien, como sabemos en estos casos únicamente la gestión del servicio se puede llevar a cabo mediante un sistema de gestión directa y por lo tanto la referencia a la legislación administrativa no tiene mucho sentido. Si ésta es la interpretación que debe seguirse la enmienda no añade nada al concepto de que la prestación de servicios o la realización de actividades se realice en "régimen de derecho público" dado que sólo podrá prestarse así cuando lo realice un ente público. Quizá lo que pretendió la enmienda fue incorporar en el concepto de tasa las contraprestaciones que se satisfacen por los servicios públicos que prestan sociedades de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Sin embargo, creemos que tampoco debe seguirse este criterio...» (págs. 88 y ss.). Parece,

das de las que proviene este precepto <sup>33</sup>, según la cual se formularon «por considerar –siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/95 y 233/99– que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario, o no prestarse por el sector privado». En este caso, es a esta Ley a la que habría que reprochar la incongruencia de insertar una norma con ese fundamento en la definición de una de las especies del concepto «ordinario» de tributo. La norma comentada permite, al parecer, calificar como tasas prestaciones regidas por normas civiles o mercantiles, siempre que concurra alguna de las restantes notas del concepto de tasa; lo cual significa consagrar legislativamente la errónea doctrina formulada por algunas sentencias de la Audiencia Nacional y TSJ, con el salto que ésta implica del plano constitucional al legislativo ordinario. Pero, lo que en modo alguno hubiera permitido la norma en cuestión de la nueva LGT, de haber estado en vigor, es recalificar como tasas prestaciones a las que la ley atribuye la naturaleza de precios privados, como es el caso de las tarifas portuarias bajo la LPMM. De aquí la inconsistencia de la invocación de este precepto por el TC.

#### D. Argumento *ex Ley 48/2003*.

El aludido argumento de la STC 102/2005 en favor de la naturaleza tributaria de las tarifas es que «ésta es... la conclusión a la que ha llegado el propio legislador en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general». En prueba de ello cita la sentencia unos párrafos de la Exposición de Motivos de la citada Ley en los cuales, en primer lugar, se indica que ésta «pretende adaptar las tarifas portuarias "a la doctrina que se deriva de la STC 185/1995, de 14 de diciembre"» <sup>34</sup>, y, en segundo lugar, se «reconoce expre-

---

sin embargo, más conforme con los antecedentes y la finalidad del precepto, a los que seguidamente se alude en el texto, la interpretación de VEGA HERRERO, M. y MUÑOZ DEL CASTILLO, J.M., en CALVO ORTEGA, R. (dir.) y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (coord.), *La nueva Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 93 y ss., quienes, apoyándose en la opinión de M. RUIZ GARIJO, sostienen que la norma se propone evitar que por medio de la simple interposición de una sociedad privada se eluda (en una especie de fraude a la ley) el principio de reserva de ley. En el fondo ésta es otra manera de llegar a conclusiones semejantes a las establecidas por la STC 185/1995 mediante la definición del concepto de prestación patrimonial de carácter público. RUIZ GARIJO, M., *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, Valladolid, 2002, especialmente el capítulo IV, págs. 243 y ss., invoca, además del fraude a la ley, la figura, estrechamente relacionada con él, del levantamiento del velo de las sociedades interpuestas por el ente público y sostiene que es necesario «prescindir de la forma privada del ente gestor y atender al sustrato que subyace en la función encomendada a dicho ente privado» (pág. 280). Concluye que «el régimen de concesión o de cualquier forma contractual puede ser entendido también como un régimen de Derecho público». Esta argumentación llevaría a prescindir de las formas privadas de gestión cuando se pruebe su carácter fraudulento; coincide sustancialmente con la construcción de la STC 185/1995 si se entiende que se da este carácter cuando no hay voluntariedad en la utilización del servicio. Por lo demás, la autora propugna la «unificación del concepto de tributo y de prestación patrimonial de carácter público a partir de la noción del ente público» (pág. 269), que, a su juicio, debe ser ampliado (pág. 274).

<sup>33</sup> Números 16 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y 266 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso.

<sup>34</sup> En realidad esta frase no se refiere a la Ley 48/2003 ni a las tarifas. El párrafo completo dice así: «Por lo que se refiere al primero de estos aspectos, la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, adaptó los cánones portuarios a la doctrina que se deriva de la STC 185/1995, de 14 de diciembre. Ahora, en el nuevo modelo, la ley es consciente de la necesidad de dotar a dicho sistema de la necesaria flexibilidad en la fijación de la cuantía de las prestaciones cobradas por la utilización del dominio y por la prestación de servicios portuarios. Así lo exige la intensa competencia desarrollada a nivel internacional. Por ello,

sa y textualmente que "las antiguas tarifas de servicios que implicaban la utilización del dominio público se convierten, previa redefinición de sus hechos imponibles, en verdaderas tasas por utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo en ellas la actividad prestacional. De otro, también alcanzan dicha calificación las prestaciones exigibles por aquellos servicios –escasos, actualmente– que deben calificarse, normalmente por estar ligados al ejercicio de funciones públicas, como obligatorios, en la medida en que no se prestan en concurrencia por [debe decir: con] el sector privado. Este grupo de prestaciones, como no podía ser de otra manera, encuentra en la ley la determinación de sus elementos esenciales" (apartado II de la Exposición de Motivos)». Por último, afirma la sentencia, «en efecto, un análisis del articulado de la citada Ley pone de manifiesto que las tarifas reguladas en la Orden ministerial impugnada ante el órgano judicial cuestionante merecen ahora la calificación en la norma legal de "tasas"». El análisis de este argumento nos da pie para hacer algunas observaciones críticas a la doctrina de las sentencias comentadas.

#### IV. OTRAS OBSERVACIONES CRÍTICAS

##### A. Crítica del argumento *ex* Ley 48/2003.

El argumento que el TC extrae de la calificación la Ley 48/2003 hace de las tarifas portuarias como tasas es, hay que decirlo, bastante endeble: viene a decir que el hecho de que una ley posterior y no aplicable al caso atribuya a las tarifas portuarias la naturaleza de tasas presta apoyo a la tesis de que ésta era la naturaleza que tenían dichas tarifas bajo la ley que les era aplicable y que inequívocamente les atribuía la naturaleza de precios privados. El argumento se sustenta, a su vez, en una premisa que dista mucho de ser evidente: la de que la naturaleza de las tarifas es un dogma inmutable, de manera que si en algún momento de su evolución tuvieron (o se les atribuyó) naturaleza de tasas necesariamente han tenido siempre esta naturaleza, que, según el TC no ha tenido más remedio que acabar por «reconocer», y no es más cierto que, por el contrario, la atribución de una determinada naturaleza jurídica a las tarifas es una decisión política del legislador, el cual, dentro, por supuesto, de los límites constitucionales, decide el régimen que prefiere que se aplique a las contraprestaciones satisfechas por los usuarios de los servicios portuarios. Hemos puesto de manifiesto más atrás que la calificación de las tarifas como precios privados es compatible con la doctrina según la cual son prestaciones patrimoniales de carácter público y, en consecuencia, sus elementos esenciales deben estar regulados por ley. El legislador de la Ley 48/2003 prefirió, no obstante, sopesando ventajas e inconvenientes de uno y otro régimen jurídico, renunciar a la naturaleza de precio privado y volver a la doctrina, por así decirlo, tradicional de la naturaleza de tasas de las tarifas.

---

es procedente compatibilizar las exigencias de la reserva de ley con la citada flexibilidad». A su vez, el primer aspecto aludido en el párrafo anterior era el siguiente: «En primer lugar, [la ley] compatibiliza la doctrina constitucional establecida por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, sobre lo que debe entenderse por prestaciones patrimoniales impuestas de carácter público con el nuevo modelo de gestión de los puertos y con las exigencias del actual mercado internacional del tráfico marítimo».

## B. La competencia en los servicios portuarios y la doctrina del TC.

Sin embargo, esta decisión no era inevitable, y en la propia Ley 48/2003, comenzando por su Exposición de Motivos, hay numerosas alusiones a algunas de las consideraciones fundamentales que indujeron al legislador de la LPMM a optar por la naturaleza de precios privados de las tarifas; pasajes de la Exposición de Motivos que la STC 102/2005 no menciona, por lo que sus citas de esta Ley son sesgadas. La principal de estas consideraciones es que es posible la competencia en la prestación de los servicios portuarios y que una de las finalidades principales que persigue la Ley 48/2003 es fomentar esa competencia. Esta idea aparece profusamente en su Exposición de Motivos y en el propio articulado. En la primera, además de las alusiones a la competencia contenidas en los párrafos antes citados, se afirma, por ejemplo, que «el desarrollo que están experimentando las redes transeuropeas de transporte, los cambios tecnológicos y estratégicos en el sector del transporte en general, y en el marítimo en particular, y los procesos de creciente liberalización del mercado de los servicios del transporte han intensificado la competencia interportuaria, tanto a nivel nacional como internacional, por atraer los tráficos marítimos internacionales, así como la competencia intraportuaria entre los distintos prestadores de servicios portuarios en un puerto». Más adelante afirma que el marco jurídico diseñado por la Ley «regula los regímenes económico-financiero, de prestación de servicios y de utilización del dominio público para potenciar la posición competitiva de los puertos españoles en un contexto del sector del transporte, internacional y europeo, globalizado, abierto y liberalizado, garantizando los principios de libre competencia inter e intraportuaria de acuerdo con las características de los tráficos y el número y tamaño de nuestros puertos». Concluimos, para no alargar demasiado las citas, con la siguiente afirmación de la Exposición de Motivos:

«Los elementos clave que desarrolla esta ley para conseguir los objetivos perseguidos son:

El desarrollo de la competencia interportuaria, potenciando la autonomía de gestión económico-financiera de los organismos públicos portuarios sobre los principios de autosuficiencia económica y de cobertura de costes por transferencia de los mismos a los usuarios bajo principios homogéneos y no discriminatorios basados en la recuperación de los costes de explotación, los costes externos y los costes de las nuevas inversiones.

La potenciación de la competencia intraportuaria a través de la regulación de la prestación de los servicios portuarios por parte de la iniciativa privada en un régimen de libertad de acceso.»

Estos objetivos se traducen en preceptos de la Ley; por ejemplo, el artículo 16, que incluye entre las reglas generales aplicables a las tasas portuarias la siguiente (letra d):

«Con objeto de promover la competencia entre puertos, mejorar su competitividad, incrementar la inversión privada en infraestructuras, potenciar el papel de España como plataforma logística internacional, fomentar la intermodalidad, reforzar la captación y

consolidación de tráficos, atender a las especiales condiciones de alejamiento e insularidad, incentivar mejores prácticas medioambientales e incrementar la calidad en la prestación de los servicios, se establecerán bonificaciones en las correspondientes tasas, en los supuestos y con los límites previstos en esta ley.»

O los artículos 26 y 27, que establecen coeficientes correctores y bonificaciones en las tasas con la finalidad, entre otras, de «potenciar la competitividad de los puertos» y «adecuar los puertos españoles a las condiciones de competencia internacional de los tráficos marítimos en cada momento». O el artículo 56, cuyos tres primeros apartados establecen lo siguiente:

«1. La actividad portuaria se desarrollará en un marco de libre y leal competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general, a fin de fomentar el incremento de los tráficos portuarios y la mejora de la competitividad.

2. Se reconoce la libertad de acceso a la prestación de servicios y al desarrollo de actividades económicas en los puertos de interés general, en los términos establecidos en esta Ley.

3. Las Autoridades Portuarias favorecerán la libre competencia en el ámbito de los puertos que gestionan y adoptarán las medidas necesarias para ello, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Puertos del Estado promoverá la competencia en el sistema portuario, pudiendo adoptar las medidas de regulación, ordenación y control que a tal fin sean necesarias, conforme a lo dispuesto en esta Ley y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos.»

La preocupación primordial por la competencia intra e interportuaria no es una novedad de la Ley 48/2003, sino que era también una de las ideas rectoras de la LPMM de 1992, en cuya Exposición de Motivos se cita la Resolución sobre Política Portuaria adoptada por el Parlamento Europeo en noviembre de 1988 y las recomendaciones que ésta hacía «de autonomía de gestión portuaria, de competencia entre puertos marítimos y de cobertura de costes por transferencia a los usuarios». Por su parte, la Exposición de Motivos de Ley 62/1997, que modificó la anterior, declara que «[c]on esta modificación de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante se trata en definitiva de mejorar el régimen jurídico bajo el que se desarrolla la actividad portuaria, de integrar los intereses de las Comunidades Autónomas en la gestión de los puertos de interés general, de establecer un escenario de libre y leal competencia, perfilando los papeles que han de jugar tanto el sector público como el privado, y de dotar, en última instancia, al sistema portuario español de las facilidades necesarias para mejorar su posición competitiva, en un mercado abierto. Todo ello en un régimen de autonomía de gestión de las Autoridades Portuarias, reflejado en su plena capacidad para desarrollar las políticas portuarias y de inversiones, comerciales, de organización y servicios y de recursos humanos, etc., que les permita ejercer su actividad con criterios empresariales».

Las consideraciones anteriores, extraídas de los propios textos legales, y el análisis de la realidad de los tráficos marítimos <sup>35</sup> parecen suficientes para al menos introducir un elemento de duda en la sumaria tesis del TC de que los servicios portuarios se prestan en régimen de monopolio y sugerir la necesidad de un estudio más particularizado de las distintas tarifas y los diversos puertos. No es posible, a nuestro juicio, afirmar de manera general que todos los servicios portuarios en todos los puertos constituyen un monopolio y, en virtud de ello, calificarlos de manera general como prestaciones patrimoniales de carácter público, haciendo prevalecer esta tesis frente a la clara voluntad de legislador, de aplicar a los puertos «los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial que en los puertos se debe desarrollar» <sup>36</sup> y, en consecuencia, someter su actividad al Derecho privado (art. 66.4 LPMM) y, coherentemente con ello, configurar las tarifas como precios privados.

Que las tarifas portuarias reguladas por la LPMM fuesen prestaciones patrimoniales de carácter público había sido negado por FERREIRO LAPATZA <sup>37</sup> por entender que no concurrían en ellas los criterios de la STC 185/1995, al no venir impuesta la solicitud de los servicios portuarios por normas legales o reglamentarias, no ser éstos imprescindibles para la vida privada o social <sup>38</sup>, y porque «la Ley considera cada puerto como una empresa en el marco de un mercado de libre competencia. Competencia entre puertos españoles, de éstos con otros puertos europeos y del resto del mundo y dentro de cada puerto entre distintos operadores. Toda idea de monopolio es contraria a la Ley (¿Debería exigirse un precio para el operador extranjero que puede elegir entre Marsella o Barcelona y una tasa para el pescador de Sant Carles de la Rápita?)» <sup>39</sup>. En cualquier caso, para FERREIRO, sean o no obligatorios los servicios, el legislador puede optar entre financiarlos mediante precios privados o mediante tasas. Se trata, dice, «[d]e una elección política que no está condicionada, en nuestro ordenamiento, por la Constitución, ni, en general, por conceptos ni calificaciones previas, pretendidamente técnicos, que unan indefectiblemente a ellos la exigencia de la tasa» <sup>40</sup>. Es, si no estamos equivocados, la misma tesis que hemos sostenido más atrás: la calificación como prestación patrimonial de carácter público es independiente y compatible con la naturaleza de precio privado. Como hemos visto, muchos Tribunales, incluidos el Supremo y el Constitucional, han entendido, por el contrario, que dichas prestaciones son tributos, en concreto tasas. El legislador ha acabado por plegarse a esta tesis en la Ley 48/2003.

### C. El modelo de gestión portuaria de la Ley 48/2003.

En la Ley 48/2003, las Autoridades Portuarias se conciben, según descripción de la Exposición de Motivos, «como proveedoras de infraestructuras y reguladoras del dominio público y, en el caso de los servicios portuarios básicos, sólo subsidiariamente como prestadoras de servicios. Así, las

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, PALAO TABOADA, F., «Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 145 bis, 1995, págs. 187 y ss.

<sup>36</sup> Exposición de Motivos de la LPMM.

<sup>37</sup> FERREIRO LAPATZA, J.J., «Dictamen sobre naturaleza y régimen jurídico de las cantidades percibidas por la entidad pública "Ports de la Generalitat" por los servicios directamente prestados por ella», *Quincena Fiscal*, 1 y 2/2000.

<sup>38</sup> FERREIRO puntualiza «para la vida privada o social (no empresarial) del solicitante. Obviamente son imprescindibles para los empresarios, pero los proveedores son siempre imprescindibles para todos los empresarios» (*op. cit.*, QF 2/2000, pág. 48).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, QF 1/2000, pág. 39. Véase también pág. 43.

antiguas tarifas de servicios que implicaban la utilización del dominio público se convierten, previa redefinición de sus hechos imponibles, en verdaderas tasas por utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo en ellas la actividad prestacional». En efecto, la Ley 48/2003 lleva a cabo un desdoblamiento entre la utilización del dominio público y la prestación de los servicios en sentido estricto. Aquélla da lugar a las correspondientes tasas (antiguas tarifas por servicios: tasa del buque, del pasaje, de la mercancía, etc.). En cambio, la prestación de los servicios básicos, como el remolque, amarre y desamarre de buques, embarque y desembarque de pasajeros, carga y descarga, entre otros varios (art. 60), se realiza en régimen de libre acceso y competencia (art. 56) y libre concurrencia (art. 64.4) en virtud de la correspondiente licencia de la Autoridad Portuaria (art. 63). Y como la prestación del servicio exige la utilización del dominio público, está sujeta a la «tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios» (art. 28), mientras que por la prestación del servicio en sí misma la empresa titular de la licencia percibirá tarifas [arts. 65.4, m) y 68.1, j)] cuya naturaleza es indudablemente la de precios privados <sup>41</sup>.

Este desdoblamiento permite mantener la calificación como tasas (prestaciones patrimoniales de carácter público) –que se veía venir y finalmente el TC ha declarado en las sentencias que estamos comentando– y, al mismo tiempo, calificar como precios privados los percibidos por la prestación de servicios. Pero tiene mucho de artificioso y no debería permitir esta última calificación si se acepta, como hemos visto que lo hace el TC invocando el artículo 2.º 2, a), párrafo segundo, de la LGT, que a estos efectos es irrelevante la forma de gestión del servicio. Porque la pregunta que es posible hacerse es si la interposición de un licenciataria hace al servicio menos involuntario o elimina la utilización del dominio público. Lo decisivo para contestarla, partiendo de los principios aceptados por el TC, es si en realidad el servicio es irrenunciable para el usuario. La respuesta que el Tribunal da en las sentencias comentadas es, a nuestro juicio excesivamente esquemática y, por tanto, insatisfactoria.

Una última observación: el carácter necesario e irrenunciable de la utilización del servicio y su naturaleza monopolística –que no es una cuestión de todo o nada, sino que admite grados– son, como en general el concepto de coactividad tal como es definido por la STC 185/1995, cuestiones de hecho, no de pura calificación jurídica; cuestiones, por tanto, susceptibles de prueba. Ésta hubiera sido una magnífica ocasión para que el TC hubiese utilizado la facultad que le concede el artículo 89 de su Ley Orgánica de recibir el proceso a prueba. La que hubiera practicado habría permitido, sin duda, dictar una sentencia más matizada y, por tanto, más convincente. Claro que pensar que el Tribunal, con sus agobios de trabajo, se hubiera podido entretener en practicar una prueba en procesos que, como los que dieron lugar a las sentencias comentadas, podía resolver mediante una argumentación dogmática abstracta, es seguramente una ingenuidad.

---

<sup>41</sup> Una situación paradójica es la que se produce cuando, por falta de iniciativa privada y para garantizar la prestación del servicio básico ésta sea asumida directamente por la propia Autoridad Portuaria. En tal caso, ésta debe exigir en contraprestación las correspondientes tarifas, «que se someterán al mismo régimen jurídico que los precios privados por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias» (art. 60.4). Aplicando consecuentemente la doctrina del TC, estas tarifas, que aprueba Puertos del Estado (art. 76.1, h), deberían ser consideradas prestaciones patrimoniales de carácter público; más aún, tasas.