

La exigencia del pago de tasas municipales por las ventanillas o tornos de las oficinas de farmacia.

Por José Ramón Aparicio de Lázaro

Letrado del Tribunal Supremo¹.

¹ Letrado del Área Contencioso-Administrativo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Funcionario de carrera del cuerpo de Técnicos Superiores de Administración General (Rama Jurídica) de la Comunidad de Madrid (Ex Subdirector General de Régimen Jurídico; Ex Subdirector General de Calidad de los Servicios). Las ideas expresadas en este trabajo son estrictamente personales y en modo alguno pueden atribuirse ni comprometer a la institución en la que presta los servicios el autor.

RESUMEN

Uno de los ámbitos en los que resulta más evidente la autonomía financiera de las entidades locales es en materia de tasas, al poder someter a tributación las más diversas actividades que se desarrollen en sus términos municipales. Es el caso de una ordenanza fiscal mediante la que se sujeta al pago de una tasa municipal, por aprovechamiento especial del dominio público local, las colas de personas que se forman en el viario público con ocasión de los turnos de guardia de las oficinas de farmacia, como consecuencia del uso de ventanillas o tornos. La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha apreciado que la cuestión cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, debiendo determinarse si resulta de aplicación su doctrina respecto de que en el caso de los cajeros automáticos instalados por las entidades financieras en las fachadas de las sucursales bancarias se producía un supuesto de una mayor intensidad de uso del dominio público local.

PALABRAS CLAVE

Tasas. Aprovechamiento especial del dominio público local. Oficinas de farmacia. Turnos de guardia. Cajeros automáticos. Interés casacional objetivo.

SUMMARY

One of the areas where the financial autonomy of local entities is most evident is in terms of rates, being able to subject to taxation diverse activities developed at their municipal boundaries. It is the case of a tax for special use of the local public domain which charges the queues formed on the occasion of the on-call sales of pharmacies, as a result of the use of small windows, wickets or revolving servers. The Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court considers that the matter has objective cassational interest for the formation of jurisprudence, and it must be determined whether its doctrine is applicable with regard to the fact that in the case of ATMs installed by financial institutions on the facades of bank offices, there was a greater intensity of use of the local public domain.

KEY WORDS

Rates. Special use of the local public domain. Pharmacies. On-call sales. ATM. Objective cassation interest.

I.- Introducción.

Desde el punto de vista territorial, España se configura como un Estado compuesto, articulado en tres niveles de organización y en los que se hallan sus correspondientes Administraciones públicas: estatal, autonómica y local, respecto de las que se predicen los principios de autonomía y suficiencia financiera. Así, las entidades locales deben contar con recursos financieros suficientes que les permitan prestar aquellos servicios públicos que les atribuye la legislación de régimen local.

Frente al supuesto de los impuestos locales, tanto los de exigencia obligatoria (impuesto sobre bienes inmuebles, impuesto sobre actividades económicas e impuesto sobre vehículos de tracción mecánica) como facultativa (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras e impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana)² y que vienen regulados, con carácter general, para todos los municipios en la normativa estatal reguladora de esta materia, en concreto en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales [«TRLHL»]³, debemos destacar la figura de las tasas. Aun cuando sus elementos esenciales vienen igualmente regulados en dicho TRLHL, es en el ámbito de este tipo de tributos donde las corporaciones locales cuentan con un mayor margen de autonomía a la hora de someter a tributación una actividad que se desarrolle en sus términos municipales. Dicho en otros términos, una misma actuación en virtud de la cual se lleve a cabo la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público podrá encontrarse sujeta al abono de una tasa en un término municipal, al haber sido así dispuesto por su Consistorio y no serlo en otro municipio diferente, al no haberlo acordado la Corporación.

En ese sentido, un municipio con gran afluencia de tráfico rodado en sus calles, por ejemplo, podrá considerar necesaria la sujeción a una tasa por paso de vehículos o carruajes a través de aceras y calzadas (vados); y otro pequeño, con escasa población, podrá determinar que no se encuentre sujeto, al no entenderlo preciso. En definitiva, depende exclusivamente de la voluntad de la entidad local respectiva, pudiéndose exigir únicamente previo acuerdo expreso de imposición y ordenación y, no en vano, el artículo 20 TRLHL, a la hora de definir el hecho imponible de las tasas locales, emplea la

² Sin perjuicio del impuesto sobre gastos suntuarios.

³ BOE de 9 de marzo.

expresión “podrán”, esto es, que su establecimiento tiene un carácter potestativo. Y lo que a nuestro entender resulta mucho más trascendente, los supuestos de hecho que pueden dar lugar al establecimiento de tasas por parte de las entidades locales son sumamente amplios y variados, pues cualquier actividad que sea susceptible de ser calificada como utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local daría lugar a que la Administración local pudiera exigir su abono a los ciudadanos.

Recientemente la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado un auto [de 22 de abril de 2021 (RCA 5681/2020; ES:TS:2021:5060A); ponente: Berberoff Ayuda], admitiendo el recurso de casación, planteado por los demandantes en la instancia, en el que aprecia que cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la cuestión relativa a determinar si, a efectos del hecho imponible de la tasa, puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de la ventanilla o torno de una farmacia.

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar el alcance y extensión de la potestad tributaria de los municipios a la hora de fijar una tasa como la indicada, que puede entrar en conflicto con la prestación de un servicio público sanitario.

II.- La exigencia de una tasa municipal por aprovechamiento especial del dominio público local, derivado de las colas de personas que se forman en el viario público con ocasión de los turnos de guardia de las oficinas de farmacia, como consecuencia del uso de ventanillas o tornos.

Como hemos apuntado con anterioridad, pretendemos analizar el caso de una ordenanza fiscal aprobada por un ayuntamiento mediante la que se somete al pago de una tasa a las oficinas de farmacia radicadas en el término municipal, como consecuencia del aprovechamiento especial del dominio público local, derivado de las colas de personas que se forman en el viario público con ocasión de los turnos de guardia, en los que las citadas oficinas de farmacia dispensan los medicamentos y resto de productos farmacéuticos y de parafarmacia a los clientes a través de ventanillas o ventanucos u otros dispositivos semejantes, como portillos o tornos.

Se produce, pues, una colisión entre los intereses del sistema público sanitario (en su modalidad de servicio farmacéutico que prestan las oficinas de farmacia, siendo

preciso recordar que las Comunidades Autónomas tienen transferidas las competencias en un amplio elenco de materias que afectan a dichas oficinas, caso de su planificación, la autorización para su apertura y el cumplimiento de los horarios oficiales) y las competencias de las entidades locales, en lo que hace al sistema tributario de los municipios, dado que lo que se cuestiona en este caso es la procedencia del establecimiento de una tasa que grava el aprovechamiento especial del dominio público local, derivado de la instalación de unos expendedores automáticos o manuales, con acceso directo desde la vía pública. A lo que se añade, por otra parte, que también entra en liza la figura de los colegios profesionales, al estarles atribuida la representación y defensa de los intereses de sus colegiados, aquí el correspondiente colegio oficial de farmacéuticos, que también ha sido parte actora en la instancia.

Como punto de partida vamos a exponer cuál resulta ser el marco jurídico aplicable al supuesto en cuestión.

Según prevé el artículo 137 de nuestra Constitución, de 27 de diciembre de 1978 [«CE»]⁴, *«El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»*; y, en lo que atañe específicamente a los entes locales, el artículo 142 CE establece que: *«Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas»*.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 133 CE, la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante Ley, mientras que las corporaciones locales -al igual que las Comunidades Autónomas- podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes. En ese sentido, con arreglo al artículo 149.1.14^a CE, es competencia exclusiva del Estado la regulación del sistema tributario local, siendo preciso recordar que las entidades locales carecen de potestad legislativa, de forma que no pueden aprobar leyes, sino ordenanzas municipales que tienen naturaleza reglamentaria, mediante las que podrán desarrollar la normativa básica estatal sobre tributos locales [*vid.* sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1999 (ES:TC:1999:233)].

⁴ BOE de 29 de diciembre.

De este modo, conforme al artículo 2.1 TRLHL, la hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos:

«a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.

b) Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales.

c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.

d) Las subvenciones.

e) Los percibidos en concepto de precios públicos.

f) El producto de las operaciones de crédito.

g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.

h) Las demás prestaciones de derecho público».

En concreto, el artículo 57 TRLHL previene que: *«Los ayuntamientos podrán establecer y exigir tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal, según las normas contenidas en la sección 3.ª del capítulo III del título I de esta ley».*

Además, ha de tenerse en cuenta que, con carácter general, el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [«LGT»]⁵, determina lo siguiente:

«2. Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado».

⁵ BOE de 18 de diciembre.

Del mismo modo, el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos «[LTPP]⁶», señala que *«[t]asas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado»*.

En ese sentido, en cuanto a los tipos de uso de los bienes de dominio público, el artículo 85 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas [«LPAP»]⁷, previene que:

«1. Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.

2. Es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

3. Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados».

Así mismo, el artículo 20.1 TRLHL dispone que:

«Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos. En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por: a) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local».

⁶ BOE de 15 de abril.

⁷ BOE de 4 de noviembre.

Añadiendo el apartado 3 del mismo artículo 20 TRLHL que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes:

«a) Sacas de arena y de otros materiales de construcción en terrenos de dominio público local.

b) Construcción en terrenos de uso público local de pozos de nieve o de cisternas o aljibes donde se recojan las aguas pluviales.

c) Balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas.

d) Vertido y desagüe de canalones y otras instalaciones análogas en terrenos de uso público local.

e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local.

f) Apertura de zanjas, calicatas y calas en terrenos de uso público local, inclusive carreteras, caminos y demás vías públicas locales, para la instalación y reparación de cañerías, conducciones y otras instalaciones, así como cualquier remoción de pavimento o aceras en la vía pública.

g) Ocupación de terrenos de uso público local con mercancías, materiales de construcción, escombros, vallas, puntales, asnillas, andamios y otras instalaciones análogas.

h) Entradas de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase.

i) Instalación de rejas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos.

j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada.

k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos.

l) Ocupación de terrenos de uso público local con mesas, sillas, tribunas, tablados y otros elementos análogos, con finalidad lucrativa.

m) Instalación de quioscos en la vía pública.

n) Instalación de puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos, atracciones o recreo, situados en terrenos de uso público local así como industrias callejeras y ambulantes y rodaje cinematográfico.

ñ) Portadas, escaparates y vitrinas.

o) Rodaje y arrastre de vehículos que no se encuentren gravados por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

p) Tránsito de ganados sobre vías públicas o terrenos de dominio público local.

q) Muros de contención o sostenimiento de tierras, edificaciones o cercas, ya sean definitivas o provisionales, en vías públicas locales.

r) Depósitos y aparatos distribuidores de combustible y, en general, de cualquier artículo o mercancía, en terrenos de uso público local.

s) Instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local.

t) Construcción en carreteras, caminos y demás vías públicas locales de atarjeas y pasos sobre cunetas y en terraplenes para vehículos de cualquier clase, así como para el paso del ganado.

u) Estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse».

Y el artículo 23 TRLHL define a los "Sujetos pasivos" de la siguiente manera:

«1. Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 [LGT]:

a) Que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.3 de esta ley.

b) Que soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.4 de esta ley».

Y en lo que atañe a su cuantificación, el artículo 24 TRLHL señala que el importe de la tasa se fijará, con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

Además, el artículo 64 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público⁸, en relación con la "Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal" establece que:

«1. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente de este artículo, se establecen las siguientes bases en relación con los distintos supuestos de utilización del dominio público:

a) En los casos de utilización privativa de bienes del dominio público, la base de la tasa será el valor del terreno y, en su caso, de las instalaciones ocupadas tomando como referencia el valor de mercado de los terrenos contiguos o la utilidad derivada de los bienes ocupados.

b) En los casos de aprovechamientos especiales de bienes del dominio público, la base de la tasa tomará como referencia la utilidad que reporte el aprovechamiento».

De lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que no existe una lista cerrada de supuestos sobre la base de los cuales las entidades locales puedan exigir tasas, ya que la configuración en el TRLHL de la categoría genérica de la tasa local y la regulación, también genérica, de todos sus elementos esenciales, es suficiente como para dar por adecuadamente cumplido el principio de reserva de ley en materia tributaria, *ex* artículo 31.3 y 133.1 CE. En suma, no resulta exigible una lista de supuestos de hecho respecto

⁸ BOE de 14 de julio.

de los que las corporaciones locales decidan imponer el abono de tasas municipales, quedando su exigencia al albur de cada entidad local.

Por su parte, las oficinas de farmacia son definidas en el artículo 103 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad [«LGS»]⁹ como establecimientos sanitarios privados, de interés público, añadiendo el artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia [«LSOF»]¹⁰, que se encuentran sujetas a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, debe prestar un conjunto de servicios básicos a la población.

Y, en lo que hace a la jornada y horario de los servicios de dichas oficinas, el artículo 6 LSOF dispone que:

«1. Las oficinas de farmacia prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia.

2. Las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas en esta materia tendrán el carácter de mínimos, permitiéndose, en consecuencia, el funcionamiento de estos establecimientos en horarios por encima de los mínimos oficiales.

3. Los establecimientos que realicen jornadas u horarios por encima de los mínimos establecidos deberán comunicarlo, con carácter previo, a la Comunidad Autónoma y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique».

En cuanto al concepto de guardia, es preciso indicar que, según el artículo 25 del Convenio Colectivo para Oficinas de Farmacia¹¹, se entiende por servicio de guardia el tiempo de trabajo que, con carácter complementario, deberá realizar el personal fuera de la jornada anual ordinaria, con el fin de cumplir con la obligación legal de las Oficinas de

⁹ BOE de 29 de abril.

¹⁰ BOE de 26 de abril.

¹¹ Resolución de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el laudo arbitral para oficinas de farmacia. BOE de 8 de mayo de 2014.

Farmacia de prestar asistencia farmacéutica continuada a la población, con arreglo a las siguientes modalidades:

a) Servicio de guardia laborable: el que se presta durante todos los días del año, excepto domingos y festivos.

b) Servicio de guardia festivo: el que se presta en domingos o festivos.

A este respecto, con frecuencia se confunden las farmacias de horario ampliado, de 12 o 24 horas, con las farmacias de guardia, si bien se trata de supuestos diferentes, ya que la farmacia de guardia es aquella que presta este servicio, por turnos rotativos fijados de manera obligatoria, mientras que las farmacias de horario ampliado prestan su servicio, más allá del horario obligatorio, de forma voluntaria.

En ese sentido, conviene poner de manifiesto que, del tenor literal del mencionado artículo 6 LOSF, la fijación de los turnos de guardia correspondería, en principio, a la respectiva Comunidad Autónoma donde se ubique la oficina de farmacia. No obstante, con frecuencia se hace partícipe de dicha función a los colegios oficiales de farmacéuticos. En el supuesto concernido, como se expondrá más adelante, la ordenanza afectaba a las oficinas de farmacia radicadas en un municipio de la Comunidad Autónoma Valenciana y, así, se debe tener presente que el artículo 2 del Decreto 187/1997, de 17 de junio, del Consejo de Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, sobre horarios de atención al público, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia de la Comunidad Valenciana, establece que las competencias de la Consejería de Sanidad respecto a los horarios de atención al público, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia podrán ser delegadas en los colegios oficiales de farmacéuticos de la Comunidad Valenciana, contra cuyos acuerdos y resoluciones se podrá interponer recurso ordinario ante el consejero de Sanidad, conforme con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre; añadiéndose en el artículo 5.2 de dicho Reglamento que los servicios de urgencia de las oficinas de farmacia se organizarán por los colegios oficiales de farmacéuticos de la Comunidad Valenciana, oídos los farmacéuticos y entidades interesadas.

Por su parte, en el caso de la Comunidad de Madrid, nos encontramos con que el Decreto 259/2001, de 15 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen

los horarios de atención al público, servicios de guardia y vacaciones de las oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid¹², dispone en su artículo 5 que:

«Con carácter general, y con el fin de mantener la continuidad del servicio farmacéutico a la población, fuera del horario ordinario y mínimo, se organizarán los servicios de guardia diurnos, nocturnos y de veinticuatro horas a realizar por las oficinas de farmacia, que cubrirán de forma ininterrumpida todas las horas del día, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Se considera servicio de guardia diurno, el que prestan las oficinas de farmacia, de forma ininterrumpida, desde las nueve y treinta hasta las veintitrés horas, durante todos los días del año.

b) Se considera servicio de guardia nocturno, el que presta la oficina de farmacia de forma ininterrumpida desde las veintitrés horas hasta las nueve y treinta horas del día siguiente, durante todos los días del año.

c) Se considera servicio de guardia de veinticuatro horas, el que prestan las oficinas de farmacia, de forma ininterrumpida, durante todas las horas de un día».

Añadiendo su artículo 6 lo siguiente:

«1. Todas las oficinas de farmacia están obligadas a prestar los servicios de guardia que les sean asignados.

2. El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid comunicará a la Consejería de Sanidad la organización de los servicios de guardia, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior y en los apartados siguientes. La Consejería de Sanidad, en el plazo de un mes de la comunicación, en el caso de no encontrarla conforme a lo establecido en el presente Decreto, lo pondrá en conocimiento del mismo a fin de que este modifique el turno o turnos correspondientes adaptándolos a los requisitos establecidos.

3. Con anterioridad al día primero de noviembre de cada año, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid comunicará a la Consejería de Sanidad los correspondientes calendarios de servicios de guardia de las oficinas de farmacia, para el siguiente año».

¹² BOCM de 10 de diciembre de 2001.

Y su artículo 7 que:

«1. Cualquier modificación que se pudiera producir en el calendario de los servicios de guardia habrá de ser comunicada a la Consejería de Sanidad por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, justificándose el mantenimiento de las condiciones reglamentarias en la organización del nuevo servicio de guardia.

2. Asimismo, la Consejería de Sanidad, en cualquier momento, podrá instar al Colegio de Farmacéuticos a modificar los turnos organizados si concurrieran circunstancias que perjudiquen la planificación de guardias efectuada conforme a los criterios que establece el presente Decreto».

Así como su artículo 9 cuanto sigue:

«Quedarán exentas de prestar servicios de guardia, diurno o nocturno y de veinticuatro horas, las oficinas de farmacia que lo soliciten a la Consejería de Sanidad, que resolverá previo informe del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, si existiera en un radio de 500 a 1.000 metros, dependiendo de las facilidades de comunicación, una oficina de farmacia con horario ampliado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 y se garantizase, en todo caso, que con dichas ampliaciones quedara cubierto todo el período de duración de la guardia correspondiente, según lo previsto en el artículo 5. La anterior exención durará el tiempo durante el que la oficina de farmacia con horario ampliado mantenga la situación y se suspenderá durante el período vacacional de las oficinas de farmacia con horario ampliado, en base a las cuales hubiera solicitado su exención».

Pues bien, resulta palmario el carácter esencial de los turnos de guardia y, del mismo modo que se espera que cualquier hospital cuente con un servicio de urgencias, el objeto y finalidad de las farmacias de guardia es asegurar la prestación del servicio público farmacéutico las 24 horas del día, los 365 días del año. Desde este punto de vista, que las oficinas de farmacia cuenten, como parte de sus instalaciones, con ventanillas, ventanucos o portillos mediante los cuales puedan dispensar los medicamentos, fórmulas magistrales y demás productos sanitarios o, incluso, de parafarmacia que les demanden sus clientes durante una guardia, resulta ser una medida no sólo razonable, sino una exigencia por elementales motivos de seguridad, inherentes a las características y circunstancias en que se lleva a cabo la guardia.

En ese sentido, el artículo 131 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada¹³, bajo la rúbrica "Oficinas de farmacia", previene que: *«1. Todas las oficinas de farmacia deberán contar con un dispositivo de tipo túnel, bandeja de vaivén o bandeja giratoria con seguro, que permita adecuadamente las dispensaciones a los clientes sin necesidad de que éstos penetren en el interior. 2. La utilización de esta medida será obligatoria únicamente cuando las farmacias presten servicio nocturno o de urgencia».*

Esto es, el mencionado Reglamento, por una parte, exige que la totalidad de las oficinas de farmacia cuenten con un dispositivo de tipo túnel *-sic-*, tratándose, de forma tradicional, de ventanillas o ventanucos o portillos practicados en la propia puerta de acceso al público del local donde se ubica la oficina de farmacia y que, de manera más reciente, se han visto sustituidos con bastante frecuencia por la instalación telefonillos o equipos análogos junto con cajetines practicados en las fachadas, debiendo tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Quinta del mencionado Real Decreto fijaba un plazo de cinco años para que las oficinas de farmacia instalasen el dispositivo a que se refiere el artículo 131.1 de dicho Reglamento. Y, por otra, impone su uso únicamente durante los periodos de guardia, con lo que, *sensu contrario*, fuera de ese turno de guardia, las oficinas de farmacia pueden permitir la entrada al local de sus clientes y, al mismo tiempo, si lo estiman conveniente y en aras de su seguridad, pueden dispensar los productos a través del dispositivo referido sin necesidad de abrir la puerta de entrada al local.

Además, el servicio de guardia farmacéutica es gratuito para el usuario, de modo que el precio que se ha de abonar por los medicamentos y resto de productos que dispensa la oficina de farmacia cuando se encuentra de guardia no experimenta incremento alguno. Es exactamente el mismo, cuando, por el contrario, el farmacéutico, director técnico-titular de la oficina, habrá de abonar un complemento a sus empleados por las horas trabajadas durante ese periodo especial de tiempo; o ser sustituidas las horas trabajadas por su equivalente en horas de descanso. A mayor abundamiento, no resulta extraño que durante el turno de guardia incluso se llegue a contratar la presencia de un vigilante de seguridad privada, lo que resulta un gasto adicional para el titular de la oficina de farmacia.

¹³ BOE de 10 de enero de 1995.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, con arreglo al artículo 103.4 LGS únicamente los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público, exigencia impuesta en atención a la naturaleza pública del servicio prestado y a las especialidades propias de la actuación de las oficinas de farmacia, sin que se encuentren situadas en el marco de una actividad estrictamente comercial, de libre mercado, sometida al Derecho privado. Cuestión distinta es la posibilidad de la fórmula del contrato mercantil de cuentas en participación, previsto en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio¹⁴, y que desde hace un tiempo se viene extendiendo en este sector.

III.- El auto de 22 de abril de 2021 y la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre las tasas por aprovechamiento especial del dominio público local en el supuesto de los cajeros automáticos.

Procedemos a continuación a disecar el contenido del auto del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021, con el fin de analizar las diferentes cuestiones que se contemplan en el mismo.

En primer lugar, es preciso indicar que el caso que nos ocupa trae causa de la Tasa por el Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local con Expendedores Automáticos y Manuales, con acceso directo desde la vía pública, del Ayuntamiento de Aspe (Alicante). La creación de esta tasa fue aprobada por Acuerdo del Pleno de dicho municipio, de 22 de febrero de 2017, siendo publicada en el B.O.P. de esa Provincia de 13 de junio de 2017. La citada Ordenanza dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«Artículo 2º.- Hecho imponible.

Constituye el hecho imponible de la Tasa el aprovechamiento especial del dominio público que comporta la instalación de expendedores automáticos y manuales para prestar servicios en las fachadas de los inmuebles, con acceso directo desde la vía pública.

Artículo 3º.- Sujeto Pasivo.

¹⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. BOE de 16 de octubre de 1885.

Son Sujetos Pasivos de esta Tasa, en concepto de Contribuyentes, las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 y siguientes de la [LGT], a cuyo favor se otorguen las licencias, o quienes se beneficien del aprovechamiento, si se procedió sin la oportuna autorización.

[...] Artículo 6º.- Cuota Tributaria.

La cuota anual será la siguiente:

[...] 3. Por cada unidad de despacho o dispensador en farmacias de venta de productos o de medicamentos que prestan servicio en las fachadas de los inmuebles con acceso directo desde la vía pública, tributarán al año.

PRIMERA 259,15 €

SEGUNDA 197,10 €

TERCERA 120,45 €».

Es decir, se somete a tributación la instalación de cualquier tipo de expendedores, ya sean automáticos o manuales, situados en las fachadas de los inmuebles y con acceso directo desde la vía pública, que se encuentren destinados a servicios, al entender la Corporación local que ese tipo de mecanismos conlleva el aprovechamiento especial del dominio público. Para la Administración local, los dispensadores, como ventanillas, ventanucos, portillos o tornos, que se coloquen en las fachadas de los locales en los que se ubiquen las oficinas de farmacia del municipio, con acceso directo desde la vía pública, se subsumen en el hecho imponible previsto en la ordenanza fiscal.

En relación con esta cuestión, cabe realizar dos consideraciones: primero, la Corporación local parte de la premisa, errónea en nuestra opinión, de que cualquier dispositivo de los descritos anteriormente comporta, automática y necesariamente, un aprovechamiento especial del dominio público, sin que atienda a las circunstancias concretas y específicas de cada expendedor. Segundo, el hecho imponible se refiere en exclusiva a la prestación de servicios, sin incluir la adquisición de bienes y productos, cuando, por el contrario, al fijarse la cuota tributaria se alude, de forma taxativa, a la venta de productos o de medicamentos.

En segundo lugar, debemos señalar que contra el citado acuerdo, los recurrentes - el colegio oficial de farmacéuticos de Alicante, junto con, presumimos, varios

farmacéuticos afectados por el eventual pago de la tasa- interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue desestimado por sentencia dictada por su Sección Tercera de 4 de marzo de 2020 (ES:TSJCV:2020:1864). El recurso contencioso-administrativo se dirigió, por tanto, de forma directa [*ex* artículo 25 de la Ley 29/1998, de 19 de julio («LJCA»)¹⁵] contra la propia disposición de carácter general y no frente a una concreta liquidación de la tasa prevista por aquélla.

La *ratio decidendi* de la citada sentencia sobre este particular se contiene en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero:

«SEGUNDO. - [...] Como se puede comprobar a la hora de imponer la tasa lo decisivo es el uso especial o más intensivo del dominio público que se da como consecuencia del uso de las ventanillas o tornos abiertos en las fachadas de los inmuebles al servicio de las farmacias en la dispensación de sus medicamentos. No se puede dudar que esa forma de aprovechamiento supone la formación de "colas" o aglomeración de personas que recurren a los servicios de farmacia para la disposición de sus medicamentos y que aprovechan de una manera más intensiva y continuamente los espacios de dominio público reservados a las calles, vías y plazas. Este aprovechamiento especial y singular del dominio público aparece definido en el art. 85.2 [LPAP], que se refiere específicamente a la intensidad en el uso, uso preferente en casos de escasez, obtención de rentabilidad especial, u otras que implican un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos, un menoscabo de este.

Por otra parte, y según el propio texto legal no debe ser obstáculo para la imposición de la tasa que las ventanillas no sean automáticas o no se puedan entender como asimilable a un cajero automático de un banco que proporciona dinero introduciendo una tarjeta magnética en él. Efectivamente en el caso de la ventanilla el uso es manual y no una tarjeta, sino que el cliente desde el exterior es atendido manualmente por un empleado de la farmacia que una vez entregada la receta y el dinero le proporciona el medicamento. Pero es que el texto legal a la hora de definir el hecho imponible se refiere a la instalación de expendedores automáticos y manuales. Es decir, no solo contempla los automáticos sino también los manuales como la ventanilla de las farmacias.

¹⁵ BOE de 14 de julio

Además, el hecho de que la ventanilla se establezca por lógicas razones de seguridad tampoco es un argumento válido para rechazar la tasa. Esas razones de seguridad además de la lógica interna con la que están arbitradas, también suponen una ventaja para los sujetos pasivos de la tasa al poder prestar el servicio en mejores condiciones de seguridad para su personal empleado, de forma más cómoda o eficiente, beneficiando de esta manera la prestación del servicio en los guardia o urgencias en horario nocturno. De este modo esa prestación del servicio de manera más segura también proporciona mayor confianza a los clientes y una mayor afluencia de los mismos al saber que existirán menores riesgos sobre sus vidas y personas [...]

TERCERO.- A juicio de la Sala es perfectamente aplicable al caso la doctrina del T.S. sobre la validez de la tasa por el uso y disposición de los cajeros automáticos de los bancos. [...]».

En tercer lugar, conviene tener presente que la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo señala que el recurso de casación planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, siendo la cuestión nuclear que el mismo encierra la siguiente:

Primero: determinar si, a efectos del hecho imponible de la tasa, puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local, la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de la ventanilla o torno de una farmacia.

Segundo: precisar si puede constituir el hecho imponible de la tasa el uso que suponga un aprovechamiento especial del dominio público cuando este venga impuesto por disposición normativa, pudiendo entenderse que en tales casos pueda existir un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste, aclarando, en ese supuesto, quién sería en este caso el sujeto pasivo de la tasa.

Tercero: esclarecer si, resulta aplicable a las farmacias la doctrina contenida en las sentencias de 12 de febrero de 2009 [(casación 6385/2006, ECLI:ES:TS:2009:1358); ponente Martínez Micó] y (dos) 22 de octubre de 2009 [casación 5294/2006 (ECLI:ES:TS:2009:8020), ponente Martín Timón; y casación en interés de ley 32/2008 (ECLI:ES:TS:2009:6680), ponente Garzón Herrero], referida a los cajeros automáticos de los bancos, y en las que se concluye que sí existe un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros electrónicos colocados en las fachadas de

los locales de las sucursales bancarias y que el cliente utiliza desde la calle, habiendo declarado que el sujeto pasivo de la tasa es la entidad financiera y no el usuario del cajero.

En la primera de ellas la Sección Segunda de la misma Sala Tercera razona cuanto sigue:

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

El problema ha recibido dos tratamientos distintos:

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

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

Ciertamente, el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; sólo mientras los usuarios efectúan las operaciones que tales máquinas permiten, ocuparían la vía en el concreto lugar donde este ubicado el cajero. Pero si la instalación de un cajero automático en la vía pública no cabe calificarla como de utilización privativa, sí comporta una aprovechamiento de aquélla que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de marzo de 2006, recurso num. 453/2004) y es que no cabe desconocer lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo para obtener dinero: éste se expide desde el interior del edificio pero se recibe en la vía pública: Pero aparte de la obtención de dinero efectivo, los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras (ex sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de la Jurisdicción de Burgos de 22 de septiembre de 2006, recurso apelación num. 75/2006); en efecto, mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005).

En consecuencia, no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un aprovechamiento , no privativo pero si especial de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, subsumible en el art. 20 de la Ley 39/1988 , Reguladora de las Haciendas Locales , donde se contiene una relación no cerrada sino abierta, es decir, meramente enunciativa, de los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa (ex sentencia de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 10 de enero de 2008 , recurso de apelación num. 584/2007; en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero y 31 de mayo de 2004 .

QUINTO.- La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28

de abril de 2004 (recurso num. 605/1999), en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público, pues la instalación de portadas, escaparates y vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial "del" dominio público, sino "desde" el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada. En el caso de instalación de cajeros automáticos que aquí nos ocupa, el supuesto es distinto puesto que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no solo se usa "desde" el dominio público sino también "en" el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario. Su instalación no es para ser visto, como en el caso de los escaparates, sino para ser utilizado.

SEXO.- Otra de las cuestiones planteadas en el recurso que nos ocupa es la de quien es el sujeto pasivo de esta tasa, si los clientes que utilizan el cajero o la propia entidad financiera titular del mismo. El art. 23.1 de la Ley de Haciendas Locales considera como sujeto pasivo de la tasa, en concepto de contribuyente, al que disfrute, utilice o aproveche especialmente el dominio público local en beneficio particular. La Sala entiende que el aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide por tanto su inclusión en el art. 75 del Real Decreto 1372/1986 , Reglamento de bienes de las Entidades Locales, como uso común especial (ex sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 8 de febrero de 2005). Tratándose de un servicio

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

En cuarto lugar, se debe tener en consideración que, en el auto de 22 de abril de 2021, la Sección Primera de la misma Sala expone que la cuestión objeto del recurso de casación formulado presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre la que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo [artículo 88.3.a) LJCA]; la cuestión planteada puede afectar potencialmente a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]; siendo así que además, se impugna una norma de carácter general [artículo 88.2.g) de la LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (artículos 9.3 y 14 CE).

Señala, así mismo, dicha Sección de admisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que la cuestión que plantea este recurso de casación no es totalmente nueva para la jurisprudencia, pues la propia Sala ha dictado las citadas sentencias de 12 de febrero y 22 de octubre de 2009. Sin embargo, se advierte en el propio auto de admisión que la sentencia impugnada se pronuncia sobre una cuestión que, entrelazada con las que ya ha examinado, todavía no están en rigor resueltas por el Tribunal Supremo. La sentencia impugnada declara que existe un aprovechamiento especial del dominio público local por parte de las farmacias que se ven compelidas a contar -para dar cumplimiento al artículo 131 del citado Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre- con un dispositivo de tipo túnel, bandeja de vaivén o bandeja giratoria con seguro, que permita adecuadamente las dispensaciones a los clientes sin necesidad de que éstos accedan al interior, servicio que es obligatorio en todas las farmacias cuando presten servicio nocturno o de urgencia, declarando que las farmacias son el sujeto pasivo de la tasa.

Por tanto, la citada Sección Primera entiende que se hace aconsejable un pronunciamiento del Tribunal Supremo que esclarezca este tipo de situaciones para, en

su caso, reafirmar, reforzar o completar su jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA; *vid.* auto de 16 de mayo de 2017 (RCA/685/2017; ES:TS:2017:4230A)], tarea propia del recurso de casación, que no solo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla [*vid.* auto de 15 de marzo de 2017 (RCA/93/2017, FJ 2º, punto 8; ES:TS :2017:2189A)].

En quinto lugar, se ha de tener en cuenta que, de igual forma, el auto de 22 de abril de 2021 indica, por una parte, que los recurrentes en casación, además de otros, invocan como precepto infringido y que plantea la necesidad de interpretar el artículo 21 TRLHL, que regula los "Supuestos de no sujeción y de exención", a cuyo tenor: «*1. Las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes: [...] d) Protección civil*».

Y, por otra, señala que también será preciso interpretar el artículo 122 del mencionado Real Decreto 2364/1994, que se intitula "Cajas fuertes, dispensadores de efectivo y cajeros automáticos", y preceptúa que:

«4. Los cajeros automáticos deberán estar protegidos con las siguientes medidas de seguridad:

1.º Cuando se instalen en el vestíbulo del establecimiento:

a) Puerta de acceso blindada con acristalamiento resistente al menos al impacto manual del nivel que se determine, y dispositivo interno de bloqueo.

b) Dispositivo de apertura automática retardada en la puerta de acceso al depósito de efectivo, que podrá ser desactivado, durante las operaciones de carga, por los vigilantes de seguridad encargados de dichas operaciones, previo aviso, en su caso, al responsable del control de los sistemas de seguridad.

c) Detector sísmico en la parte posterior.

2.º Cuando se instalen en fachada o dentro del perímetro interior de un inmueble, las medidas establecidas en los párrafos b) y c) anteriores.

[...] 5. Si los cajeros automáticos se instalaran en espacios abiertos, y no formaran parte del perímetro de un edificio, deberán disponer de cabina anclada al suelo, de las características que se determinen, y estar protegidos con las medidas a que se refiere el apartado 1º anterior».

A este respecto, conviene tener presente que ese precepto se incardina en la Sección 1.^a, relativa a bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, del Capítulo II, sobre medidas de seguridad específicas, del Título III, referido a medidas de seguridad, del mismo Reglamento. Se trata, por tanto, de una disposición que tiene por objeto los cajeros automáticos de las entidades financieras. Nótese, en primer lugar, que, a diferencia de lo que sucede con los dispositivos relativos a las oficinas de farmacia (ventanillas, ventanucos o portillos), en el caso de las entidades financieras el cajero automático puede estar instalado tanto en el exterior de la sucursal bancaria (en la fachada o en espacios abiertos) como en el interior de la oficina (en el vestíbulo o dentro del perímetro interior, si bien el Tribunal Supremo ya declaró en las sentencias referidas que en tal caso no podían ser objeto de la tasa). Y, en segundo lugar, que las características técnicas son, obviamente, mucho más sofisticadas que las exigidas a los dispositivos de las oficinas de farmacia.

Pues bien, en nuestra opinión, y con el debido respeto a la Sala de Valencia, no resulta equiparable el supuesto de un cajero automático de una entidad bancaria al de la ventanilla o torno de una oficina de farmacia. La instalación de la ventanilla o portillo viene impuesta tanto por la normativa sectorial en materia de sanidad, como por el reiterado Reglamento de Seguridad Privada, a diferencia de los cajeros automáticos de las entidades bancarias, que pueden ser instalados o no a voluntad de la propia entidad y, en todo caso, tienen por objeto una actividad privada. Por añadidura discrepamos de que la ventanilla proporcione mayor confianza a los clientes y una mayor afluencia de los mismos al saber que existirán menores riesgos sobre sus vidas y personas, ya que perfectamente podrían verse asaltados mientras esperan a ser atendidos, al encontrarse fuera del local.

Estimamos que, al margen de que las sucursales bancarias tienden paulatinamente a su desaparición como consecuencia del modelo vigente de banca electrónica, con lo que el modelo de gestión bancaria y la concepción socioeconómica difiere de aquel momento a la actualidad, resulta relevante que la doctrina del Tribunal Supremo fijada en las sentencias antes señaladas tiene en consideración el beneficio económico de la actividad bancaria a través del uso de los cajeros automáticos. En efecto, la Sección Segunda de la Sala Tercera pone así de relieve que, tratándose de un servicio financiero al cliente, la entidad financiera obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil. Y si bien la explotación de una oficina de farmacia no deja de ser una

actividad privada y con evidente ánimo de lucro, no puede pasarse por alto que, ante todo, el servicio que se presta tiene la calificación de sanitario público, lo que resulta más evidente cuando lo que se cuestiona es la instalación de unos dispositivos cuyo uso viene impuesto por la prestación del turno de guardia, cuyo objeto y finalidad es asegurar dicho servicio público las 24 horas del día y los 365 días del año.

Desde este punto de vista, cabría admitir que una oficina de farmacia que, voluntariamente, abra las 24 horas del día, con un afán comercial de vender sus productos el mayor tiempo posible y que, por ello, cierra en horario nocturno la puerta de acceso al local, pueda quedar al margen de esta concepción de servicio público sanitario que se predica del turno de guardia, pero no aquellas otras que cumplen con su obligación de llevar a cabo tales turnos.

No entendemos tampoco que se dé un uso intensivo de la vía pública por parte de los usuarios de las oficinas de farmacia cuando se dispensen los medicamentos y demás productos a través de la ventanilla o mecanismo similar. A nuestro modo de ver, tal uso intensivo sólo podría entenderse que se produce en casos de largas colas, como las que se forman en supuestos de grandes eventos (conciertos multitudinarios, musicales, partidos de fútbol o de otros deportes con gran afluencia, etc.), pero no en el caso de que un grupo reducido de personas esperen su turno a ser atendidos frente a la puerta de un establecimiento.

De forma análoga y llegados al extremo, una entidad local podría exigir este tipo de tasa por un uso intensivo de la vía pública local por parte de los usuarios del transporte público de su propio municipio, caso por ejemplo de los autobuses urbanos, en el supuesto de que se formen colas que excedan del espacio habilitado para la correspondiente parada, con lo que, aplicando la doctrina fijada por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto de los cajeros automáticos de las entidades financieras, en lo que atañe a que el sujeto pasivo de la tasa es la entidad financiera y no el usuario del cajero, resultaría que el contribuyente sería el propio Consistorio o, en su caso, la correspondiente sociedad pública mercantil encargada de la gestión y explotación de dicho servicio.

En este punto, conviene recordar que en la citada sentencia de 12 de febrero de 2009 se declara que el supuesto de los cajeros automáticos difiere de la conclusión a la que había llegado la misma Sala y Sección en la sentencia de 28 de abril de 2004

[(casación 605/1999, ES:TS:2004:2839); ponente, Garzón Herrero], relativa la instalación de portadas, escaparates y vitrinas (en la que se justificaba que el hecho de que tales portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial "del" dominio público, sino "desde" el dominio público), toda vez que en el caso de los cajeros automáticos existe una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública. *Mutatis mutandis*, si la presencia de viandantes que se paren delante de un escaparate de un comercio para contemplar los productos que se exponen en aquél no comporta un aprovechamiento intensivo del dominio público viario, del mismo modo una pequeña cola de ciudadanos que espera para ser atendidos, no ya en una oficina de farmacia, sino en cualquier otro establecimiento, no debería estar sujeta a una tasa como la exigida por el ayuntamiento de Aspe (Alicante).

Del mismo modo, debemos traer a colación la mencionada sentencia de 22 de octubre de 2009 (dictada en el recurso casación 5294/2006), donde la parte recurrente denunciaba la existencia de otras entidades que utilizan sistemas semejantes que no están considerados en la Ordenanza, citándose los casos de taquillas de teatro, discotecas y pubs, máquinas expendedoras de cintas de vídeo o DVD y buzones para su recogida. La cuestión no fue objeto de examen habida cuenta que, como la sentencia de instancia no se pronunció sobre la referida cuestión, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no entra a conocer el motivo planteado por la parte recurrente en casación, al encontrarse defectuosamente interpuesto, en la medida en que se formuló al amparo del antiguo artículo 88.1.c) LJCA -previsto en el modelo de casación anterior al actualmente vigente para la denuncia de la comisión de vicios *in procedendo*- en lugar de haberse planteado con arreglo del extinto artículo 88.1.d) LJCA -establecido en ese mismo modelo anterior para la denuncia de vicios *in iudicando*-. Ahora bien, aun cuando no se pronunció la sentencia, la cuestión de fondo que se trataba de suscitar no deja de ser significativa, toda vez que, en nuestra opinión, una tasa de esta naturaleza habría de exigir un examen singularizado de la actividad desarrollada en cada caso concreto, a fin de determinar si acarrea un aprovechamiento intensivo del dominio público viario. Con lo que, si bien es cierto que lo que se plantea en el auto de 22 de abril de 2021 es una cuestión de indudable naturaleza jurídica, el pronunciamiento que deba realizar la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo podría ver limitado su alcance, en virtud del artículo 87 Bis.1 LJCA.

Además, una vez dictada sentencia y fijados los oportunos criterios al respecto, a nuestro modo de ver, existiría una doctrina jurisprudencial de la que cabría extraer las pautas necesarias para resolver litigios ulteriores en los que se impugnen otras tasas análogas a la que ahora nos ocupa, sin que por ello sea necesario un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en nuestra opinión, no resulta aplicable la exención relativa a la actividad de protección civil, al no poder admitir que el servicio farmacéutico forme parte de dicha actividad, instrumento de seguridad pública y, como tal, propia de la materia de interior, dado que, según prevé el artículo 1 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil¹⁶, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada. En concreto, en su artículo 17 se regulan los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil, dentro de los cuales se incluyen a los “servicios de atención sanitaria de emergencia”, que en modo alguno comprenden a las oficinas de farmacia, más allá de que con las guardias se pretenda asegurar la prestación permanente del servicio farmacéutico, así como del deber de colaboración que rige para todos las personas físicas y jurídicas, según previene su artículo 7 Bis.

En el caso de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, la prestación de ese servicio correspondería al Servicio de Urgencia Médica de la Comunidad de Madrid, SUMMA 1-1-2¹⁷, dependiente de la Consejería de Sanidad, como órgano al que le corresponde la función de prestar atención sanitaria a las urgencias, emergencias, catástrofes y situaciones especiales en la Comunidad de Madrid, además de la gestión del transporte sanitario urgente, así como el no urgente o programado, la coordinación funcional entre los distintos niveles asistenciales, al tiempo de realizar formación externa en materia de urgencias.

¹⁶ BOE de 10 de julio.

¹⁷ Expresamos el número utilizando guiones, de forma deliberada, con el fin de enfatizar que no se trata del número 112, es decir, del posterior al 111 y que precede al 113, sino que su correcta dicción pasa por indicar cada uno de los tres números: primero, el uno; segundo, el uno; y en tercer lugar el dos, esto es: uno, uno, dos, ya que su inclusión en la denominación del SUMMA tiene la finalidad de hacer referencia al número de teléfono universal de emergencias en el territorio de la Unión Europea y cuyo origen tiene que ver con el hecho de que una persona analfabeta normalmente sabe contar hasta tres, siendo capaz, de este modo, de identificar los números del 1 hasta el 3, motivo por el cual habrá de ser capaz de marcar los tres dígitos (uno, uno, dos) que componen dicho número de teléfono ante una situación de emergencia. Con lo que flaco favor se hace cuando se alude al mismo, de forma equivocada, como el teléfono “ciento doce”.

Del mismo modo, en lo que se refiere a la determinación de la cuota tributaria, en el auto de 22 de abril de 2021 se pone de manifiesto que la sentencia dictada en la instancia y que es objeto del recurso de casación tiene en consideración para confirmar la tasa el referido artículo 64 de la Ley 25/1998, cuando, según hemos expuesto previamente, el servicio de guardia farmacéutica es gratuito para el usuario, sin que el precio de los medicamentos y demás productos farmacéuticos e, incluso, aquellos que puedan tener la consideración de parafarmacia, experimente incremento alguno.

IV.- Conclusión.

En este trabajo se ha examinado el caso de una ordenanza municipal que exige el pago de una tasa municipal por aprovechamiento especial del dominio público local, derivado de las colas de personas que se forman en las aceras con ocasión de los turnos de guardia de las oficinas de farmacia, como consecuencia del uso de ventanillas o tornos, tasa que se exige a los farmacéuticos titulares de las propias oficinas. No obstante, lo que hemos pretendido reflejar en el presente artículo va mucho más allá de una cuestión que pueda afectar de forma exclusiva a tales oficinas: la trascendencia que tiene que entre las distintas Administraciones locales se pueda generalizar la idea de exigir el pago de una tasa municipal por el hecho de que los ciudadanos ocupen, momentáneamente, el viario público, al hacer una cola, con el pretexto de que se produce una ocupación intensiva de las vías públicas, lo que supone un supuesto de aprovechamiento especial de bienes del dominio público local por parte del titular del establecimiento o local que genera esa cola. En el supuesto examinado en este caso, el ayuntamiento en cuestión ha considerado que el hecho imponible trae causa de la apertura de las ventanillas o tornos con que cuentan las oficinas de farmacia en las puertas o en las fachadas de sus establecimientos, a fin de poder dispensar los medicamentos y demás productos adquiridos por sus clientes sin necesidad de entrar dentro del local, por razones de seguridad, en particular durante las guardias. En nuestra opinión, no puede considerarse que las colas que se puede formar en una situación así supongan una mayor intensidad de uso del dominio público local, en atención a la escasa dimensión de esas colas.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo consideró en su momento que en el caso de los cajeros automáticos instalados por las entidades financieras en las fachadas de las sucursales bancarias se producía un supuesto de una

mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, lo que permitía que se exigiera una tasa por tal motivo, poniendo de relevancia, además, el beneficio económico que dichas entidades obtenían al extender fuera del local de la sucursal su servicio financiero al cliente, ampliando notablemente su actividad mercantil.

La Sección Primera de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo ha planteado la conveniencia de dilucidar si dicha doctrina puede resultar aplicable al supuesto referido de la dispensación por las oficinas de farmacia de medicamentos y demás productos farmacéuticos mediante el uso de ventanillos o tornos. Como ha quedado expuesto en el presente estudio, consideramos que no sería extensible esa doctrina en atención a: **(i)** que la exigencia de la instalación de este tipo de ventanillos, portillos o tornos viene impuesta tanto por la normativa sectorial en materia de sanidad, como por el Reglamento de Seguridad Privada, a diferencia de los cajeros automáticos de las entidades bancarias, que pueden ser instalados o no a voluntad de la propia entidad; **(ii)** la distinta naturaleza de la actividad prestada en uno y otro caso, privada en el supuesto de las entidades financieras y pública en el de las oficinas de farmacia, siendo así que a través del uso de los cajeros automáticos la entidad financiera obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil, mientras que el objeto y finalidad de las guardias, recuérdese, es asegurar la prestación del servicio público farmacéutico las 24 horas del día, los 365 días del año; y **(iii)** que no se da un uso intensivo de la vía pública por parte de los usuarios de las oficinas de farmacia cuando se dispensen los medicamentos y demás productos a través de la ventanilla o mecanismo similar, según se indicó anteriormente. Por otra parte, no nos parece que resulte de aplicación la exención relativa a protección civil, pues las oficinas de farmacia no se encuentran comprendidas dentro de los servicios de atención sanitaria de emergencia. De igual modo, para confirmar la tasa cuestionada, la sentencia recurrida en casación tiene en consideración el artículo 64 de la Ley 25/1998, cuando el servicio de guardia farmacéutica es gratuito para el usuario, sin que el precio de los productos dispensados experimente incremento alguno. No obstante, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con mejor criterio, decidirá.

Dicho lo cual, a la vista del hecho imponible de la ordenanza fiscal aquí examinada, lo cierto es que cualquier otra Corporación local podría considerar que se debe gravar las colas que se forman en las calles con ocasión de la celebración de espectáculos públicos, lo que, en un momento dado, cabría entender adecuado cuando se

trate de grandes eventos que originen importantes aglomeraciones de personas en las calles (conciertos multitudinarios, musicales, partidos de fútbol o de otros deportes con gran afluencia de espectadores, etc.), habida cuenta de la incidencia que pueden ocasionar al resto de viandantes, que pueden ver limitado su derecho fundamental a la libre circulación con ocasión de la celebración de ese evento.

Pero el grave problema, en nuestra opinión, se daría en el supuesto en que se someta a gravamen ese tipo de ocupaciones del viario público debidas a otro tipo de colas bien distintas, caso de una cola para acceder a un comercio para adquirir alimentos básicos o de primera necesidad; o las conocidas como las “colas del hambre” formadas ante instituciones que atienden a personas en situación de pobreza o de exclusión social; o para obtener ropa y calzado usado en centros religiosos y otros lugares destinados a la beneficencia. Del mismo modo, aun cuando en la actualidad una inmensa parte de las gestiones con las Administraciones públicas se realizan por los ciudadanos de forma telemática, podría plantearse el supuesto de que la tasa se girara al producirse una cola para asistir a unas dependencias públicas, caso de las “colas del paro”, en el supuesto de los servicios de empleo; para acudir a procesos selectivos con participación de gran número de aspirantes; o para vacunarse, a las puertas de hospitales, centros de salud o aquellos lugares, incluso privados (por ejemplo, Estadio Metropolitano o Palacio de los Deportes en Madrid), que se hayan podido habilitar al efecto. A mayor abundamiento, no resulta ocioso añadir que, en un contexto de pandemia, en el que se debe extremar la distancia entre las personas que realizan una cola, provocando, de forma obligatoria, que parte de quienes la integren deban esperar su turno en el exterior del local, el hecho de que se pueda generalizar este tipo de tasas resulta, cuando menos, inquietante.