



ALEGACIONES

PRIMERA.- SOBRE EL PREÁMBULO DE LA ORDENANZA: LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y DE LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y EFICIENCIA

1.1 Sobre el preámbulo de la Ordenanza.

La Ordenanza contiene, a modo de justificación de la implantación de la *“tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (business to consumer)”* -en adelante, la Tasa-, un preámbulo en el que se razona los motivos que han impulsado al Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona a aprobar provisionalmente la misma.

Al respecto, lo primero que se debe resaltar es que, al contrario de lo que se manifiesta ya en las primeras líneas de la Ordenanza, el comercio electrónico no es una actividad o modelo de negocio implantado por los operadores postales sino que lo es por unos comerciantes o empresarios que deciden cambiar la forma de ofertar y vender sus productos al público, pasando de un canal físico a un canal virtual u *on-line*. Tales comerciantes o empresarios pueden ser grandes marketplaces, cadenas comerciales o pequeños comerciantes que, a través de sus páginas web, venden directamente al consumidor quien, en ejercicio de su libertad de elección, ha decidido comprar un producto por el canal que más le conviene.

Por lo tanto, el competidor del comercio físico tradicional, al que pretende apoyar el consistorio, no es el operador postal sino aquellos comercios/empresas que deciden, ejerciendo su legítimo derecho a la libertad de empresa, vender a través de Internet (entre los se incluye, como hemos dicho, a los propios comercios minoristas con tiendas físicas y, también, a los marketplaces que no tienen presencia física con



asociación española del express y de la carga aérea internacional

locales abiertos al público aunque sí almacenes y naves de clasificación y distribución).

Es verdad que se puede dar el caso de que un comerciante o un marketplace sea, a su vez, un operador postal (Amazon como caso paradigmático) porque, además de ofertar y vender, también se comprometa a realizar el transporte, pero ese supuesto es una excepción entre los operadores postales. La regla general, ya se trate de grandes o pequeños operadores postales, es que la inmensa mayoría sólo se dediquen a realizar servicios de entrega, no a vender bienes. Por tanto, los servicios de los operadores postales son meramente instrumentales respecto a las plataformas de comercio electrónico y a los consumidores que se deciden a comprar en tales plataformas –y también en las tiendas *on-line* de tiendas físicas tradicionales-.

Por todo ello, es incongruente -e injusto- querer gravar al operador postal con la Tasa en cuestión cuando el que decide que el envío postal generado en el comercio electrónico se entregue en un destino concreto no es el operador postal sino el vendedor (marketplaces, cadenas comerciales o pequeños comerciantes con tiendas físicas tradicionales) que es el que, en su caso, obtiene un beneficio del ejercicio del comercio electrónico.

Por otra parte, se ha de apuntar que los servicios de los operadores postales que la AECI representa, esto es, los servicios de entrega express, operan en una cadena de suministro de ámbito mundial, totalmente integrada desde la recogida en cualquier parte del mundo hasta la entrega en otro lugar del mundo, en donde exportación e importación están estrechamente unidas para satisfacer las necesidades de los clientes. Los envíos –que pueden ser postales o no postales- van desde documentos legales y envíos de comercio electrónico hasta productos farmacéuticos y repuestos. Se ha de tener presente que se opera un servicio a la medida de los clientes en el que el operador express internacional se adapta, como hemos dicho, a las necesidades de éste y a la constante evolución del segmento minorista.



Por ello, a la vista del contenido de la Ordenanza, creemos que hay un pleno desconocimiento por el Ayuntamiento de Barcelona sobre la naturaleza y el alcance de la actividad de los operadores postales, en general, y de los operadores express, en particular. Prueba de ello es la incorrección que se manifiesta ya en el primer párrafo de la Ordenanza cuando se dice, literalmente, que *“La implantación del comercio electrónico durante los últimos años por parte de las grandes empresas prestadoras de servicios postales...”* (¿?). Los grandes prestadores de servicios postales, repetimos, no han implantado el comercio electrónico ni se dedican a él aunque sí han favorecido su desenvolvimiento con su necesaria y certera adaptación a la nueva realidad. Pero esto no es un pecado ni se puede pretender penalizar a nadie con un gravamen por desarrollar su actividad diligentemente.

En esta misma línea, y refiriéndonos concretamente a la actividad de los operadores express, tanto se trate de un envío internacional como de uno nacional, dada la estructura de la cadena de suministro, es prácticamente imposible determinar qué parte de los volúmenes que se entregan en un día son B2C o B2B dado que el destinatario de los envíos es siempre una persona física identificada, tanto si el destino es una tienda física como si lo es una oficina o una fábrica. Esta forma de operar de los operadores express, que se realiza a nivel mundial, hace extremadamente complejo determinar cuándo un envío es B2C o cuándo lo es B2B. Además, como la Ordenanza transfiere al operador postal la carga de concretar, en atención a su facturación, la base imponible, esto es, el monto a gravar (al que se aplicaría el tipo de gravamen del 1,25%) lo que no tiene en cuenta es que el servicio podría haber sido “facturado” por una filial del operador postal radicada en otro país para aplicarse a envíos que se van a repartir en la ciudad de Barcelona. Dado que los operadores no pueden “dividir” el proceso para identificar el valor “facturado” de cada pasaje individual resulta, sencillamente, impracticable pues deberían tener que imputar la facturación total, por lo que dejaría de ser una facturación local (y un tributo local).



asociación española del express y de la carga aérea internacional

Por otra parte, según resalta la Ordenanza, los ingresos obtenidos por la Tasa se destinarán a finalidades extra fiscales como son las acciones orientadas a fortalecer al comerciante de proximidad frente al comerciante *on-line*. Sin embargo, paradójicamente, una de las formas de fortalecer a aquél ha sido, precisamente, el acceso de tal comercio de proximidad a la venta *on-line* y a otras formas de presentación de sus productos a través de las redes sociales que surgen como nuevas formas de escaparate. Se pretende así que lo ingresado por la Tasa favorezca al comercio minorista de proximidad -que mejora su actividad a través de la venta por internet- pero sin embargo la Tasa grava, incongruentemente, al operador postal.

Creemos que el enfoque que contiene el preámbulo de la Ordenanza es engañoso, ya que compara dos niveles diferentes de actividad minorista, la tradicional y la *on-line*, presumiendo que la primera está “amenazada” por la segunda, a pesar de ser dos canales de venta diferentes. Si bien varios estudios confirman que el crecimiento de las ventas *on-line* es un fenómeno que, en sí mismo, ha demostrado ser de valor fundamental durante la pandemia, garantizando el suministro de bienes y las actividades económicas, es fácil ver cómo, de hecho, las mismas empresas tradicionales se están moviendo hacia un enfoque más híbrido que armoniza con el comercio electrónico en una fórmula que pueda atraer a un consumidor cada vez más sofisticado (por ejemplo, cabe preguntarse ¿cómo se deben considerar las ventas de “*hacer clic y recoger*” en tienda”? Aunque se envíen a la tienda, son, en teoría, envíos B2C).

De hecho, la Ordenanza crea condiciones de mercado injustas para las empresas locales que estén dispuestas a abrir una tienda virtual (a resaltar que varias ciudades están considerando promover el mercado local *on-line*); además, la Ordenanza tampoco contempla que las tiendas no físicas sean atendidas por almacenes y depósitos físicos, ocupando suelo, aunque no en la ciudad de Barcelona.



2.2 Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

En conclusión, de los anteriores razonamientos consideramos que se deriva una **infracción del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** (art. 93 CE) en cuanto es lo cierto que el gravamen, por lo que hemos acreditado, de querer imponerlo, dicho sea a meros efectos dialécticos, debería recaer, en su caso, sobre el comercio *on-line* (sobre vendedores o sobre compradores) –los verdaderos beneficiarios del comercio *online*- pero no sobre los operadores postales.

Consideramos que el Ayuntamiento, ante la imposibilidad legal de hacerlo recaer sobre el comercio electrónico, dado el limitado ámbito competencial de los entes locales para ello, ha tomado la antijurídica decisión de hacerlo recaer sobre los operadores postales, lo cual supone, como decimos, una arbitrariedad por parte del Ayuntamiento de Barcelona.

Efectivamente, del expediente administrativo y de la propia redacción del preámbulo de la Ordenanza resulta que el objetivo declarado del Ayuntamiento, en un principio, habría sido gravar el comercio electrónico y, en particular, a las “*grandes compañías de comercio electrónico*”, es decir, inicialmente no se pretendía gravar a los operadores postales. No obstante, tras los estudios encargados por el Ayuntamiento, éste llega a la conclusión de que no tiene las competencias legales necesarias a tal fin, al tratarse de una cuestión de competencia estatal, además, de que gravar el comercio electrónico supondría, entre otras cosas, la vulneración de los principios comunitarios derivados de la regulación de las ayudas de Estado. Por tanto, el Ayuntamiento decide gravar a los operadores postales (entre los que se puede encontrar alguna de tales “*grandes compañías de comercio electrónico*”). Nunca mejor aplicada aquí la metáfora de “matar/culpar al mensajero” o, lo que es lo mismo, de responsabilizar al operador postal de todos los males que, al parecer, provoca el comercio electrónico en el municipio de Barcelona.



Por todo lo expuesto, resulta, además, que, al contrario de lo que se manifiesta al final del preámbulo, **la Ordenanza incumple los principios de necesidad, proporcionalidad y eficiencia** exigidos por el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

La constatación de estos vicios de legalidad con que nace la norma haría innecesario entrar en más alegaciones. No obstante, consideramos pertinente resaltar el resto de irregularidades legales de que, a nuestro juicio, adolece la Ordenanza provisionalmente aprobada.

**SEGUNDA.- SOBRE EL HECHO IMPONIBLE, LA NO SUJECIÓN Y LA EXENCIÓN:
VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE TODOS
ANTE LA LEY Y DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE AYUDAS DE ESTADO**

Si bien el Ayuntamiento tendría competencias, conforme al art. 24 TRLHL y 52 Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del Municipio de Barcelona, para gravar el aprovechamiento especial del dominio público, la selectiva determinación de los operadores postales, como los únicos sujetos gravados, supone, en sí misma, una vulneración del ordenamiento jurídico.

Este espurio modo de proceder, en su intento de conseguir la “cuadratura del círculo”, ha dado lugar a una norma con multitud de infracciones legales adicionales a la ya alegada, como seguidamente pasamos a relacionar.

2.1 Infracción por vulneración del principio constitucional de igualdad de todos ante la ley (art. 14 CE)

2.1.1 Desigualdad entre operadores postales y transportistas de mercancías (supuestos de no sujeción)



Tras declarar la Ordenanza en el art. 2 que el hecho imponible sólo es predicable de la actividad derivada de los operadores postales, el artículo 3 se cuida en seleccionar cuáles son los operadores –no postales- que aunque realizan una actividad de transporte idéntica a la de los operadores postales no están sujetos a la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público en cuestión: los distribuidores de mercancías que no sean operadores postales.

Esta “no sujeción” de los distribuidores de mercancías que no son operadores postales, esto es, que no transportan envíos postales frente a los que sí lo hacen, es de difícil comprensión si tenemos en cuenta que el aprovechamiento que realizan del dominio público es igual o, incluso, más intenso que el de los operadores postales ya que, por lo general, utilizan vehículos de más tonelaje, con cargas más pesadas y, además, son más numerosos, por lo que claramente contaminan más, haciendo un uso del mismo dominio público, cuando menos, con igual intensidad. En idénticos términos, con la misma intensidad o incluso mayor, aprovechan el mismo dominio público las VTCs (estas, incluso, autorizadas por la CNMC a transportar paquetes –postales y no postales-) los autotaxis y otros colectivos.

Sobre la base de lo expuesto debemos concluir que o bien el aprovechamiento del dominio público no es especial sino general (por lo que no cabría la imposición de la Tasa) o bien se está vulnerando por la Ordenanza el principio constitucional de igualdad de todos ante la ley (por lo que tampoco cabría la imposición de la Tasa).

2.1.2 Desigualdad entre los propios operadores postales (supuestos de exención)

Pero esta desigualdad no sólo resulta de los supuestos de no sujeción previstos en el artículo 3 de la Ordenanza sino también del artículo 4, entre los propios operadores postales, al exonerar del pago de la Tasa a aquellos operadores postales



asociación española del express y de la carga aérea internacional

que, a pesar de que su actividad se encuadre dentro del hecho imponible del art. 2, facturen menos de 1.000.000 de euros en la ciudad de Barcelona.

El establecimiento de la exención prevista en el artículo 4 vulnera el Ordenamiento jurídico español dado que éste prohíbe, en general, en todo el Estado español (art. 9 TRLHL) y, también, en particular, en el municipio de Barcelona (art. 41 Ley 1/2006), el establecimiento de bonificaciones o exenciones (salvo determinados supuestos que no vienen al caso –y en una cuantía no superior al 5%–) salvo que estén previstas en una norma con rango de Ley o en los Tratados Internacionales.

Para sortear este “inconveniente” el Ayuntamiento de Barcelona pretende basar la excepción en el requisito de la “capacidad económica” acogiéndose a lo establecido en el art. 20.4 TRLHL cuando establece que *“Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas”*. No obstante, esta aplicación interesada del referido precepto supone un fraude de Ley porque, en primer lugar, esa posibilidad está pensada por el legislador, principal y fundamentalmente, por razones de carácter social (para la persona física fundamentalmente), por lo que para las empresas es de excepcional aplicación dado que éstas desarrollan su actividad bajo los principios de la libre competencia.

La capacidad económica, por regla general, se predica de los impuestos (que se pagan sin contraprestación individualizada) y, por lo tanto, salvo casos puntuales no se puede aplicar a las tasas ya que éstas, por su propia naturaleza, se basan en el principio de equivalencia y, consecuentemente, no en la capacidad de pago del contribuyente, pues, en otro caso, las convierte en un impuesto encubierto sobre los rendimientos. En el caso concreto de las tasas por aprovechamiento especial del dominio público se incorpora un derecho de uso (un beneficio) al patrimonio del contribuyente que tiene una valoración económica en sí misma por lo que ya está presente en el hecho imponible la capacidad económica que origina tal aprovechamiento.



A mayor abundamiento, es incompatible la pretendida exención del artículo 4 de la Ordenanza con los fines extra fiscales que se declaran en el preámbulo de la misma porque ello supone la creación *exnovo* de un tributo (un impuesto) directamente orientado a conseguir dichas finalidades con vulneración del principio constitucional de reserva legal.

2.2 Infracción por vulneración del TFUE en materia de Ayudas de Estado

Vinculado con lo expuesto hasta ahora, se ha de añadir que el diferente tratamiento entre operadores postales y transportistas de mercancías y el establecimiento de la exención prevista en el artículo 4 vulneran el Derecho de la Unión Europea porque suponen, en ambos casos, un incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de Ayudas de Estado (art. 107 y ss. TFUE).

Efectivamente, no puede desconocerse que los operadores express no sólo transportan envíos postales sino aquellos otros que al exceder los límites establecidos en la normativa postal su transporte pasa a ser un transporte de mercancías siendo todos ellos (envíos postales y mercancías) e indiferenciadamente transportados en los mismos vehículos. Por tanto, la discriminación selectiva que se hace a los operadores express (sujetos al pago de la Tasa) respecto a los otros transportistas de mercancías (no sujetos al pago de la Tasa) supone una Ayuda de Estado prohibida por el TFUE.

En el mismo sentido el diferente tratamiento entre operadores postales consecuencia de la exención prevista en el artículo 4 supone, igualmente, una Ayuda de Estado selectiva en favor de determinados operadores postales en detrimento de los operadores postales sujetos al pago de la Tasa.

TERCERA.- SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LA TASA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.



La fórmula de cuantificación de la Tasa vulnera lo dispuesto en el TRLHL, que recoge el principio de equivalencia, pues aplica una regla de cuantificación que vulnera el artículo 24.1.a) al no respetar el valor de mercado que opera como límite cuantitativo de la tasa por imposición legal, utilizando una fórmula de cuantificación prevista para la ocupación del dominio público por las empresas explotadores de servicios de suministros (como telefonía, gas o electricidad). El informe técnico económico que acompaña a la Ordenanza Fiscal no justifica en ningún momento que la Tasa exigida se adecua al valor de mercado de ese aprovechamiento sino que, por el contrario, pone de manifiesto que la cuantificación de la Tasa se realiza exclusivamente en atención a motivos meramente recaudatorios, refiriendo los elementos de cálculo a los ingresos; y porque el método de cálculo se basa en determinadas asunciones y extrapolaciones de datos obtenidos a nivel nacional, correspondiéndose con un sistema de estimación indirecta contrario al ordenamiento jurídico por vulnerar el artículo 24.1.a) y perseguir que la cuantía del tributo de facto se corresponda con la cuantificación especial del artículo 24.1.c), incompatibles ambos métodos como lo tiene declarada la jurisprudencia.

CUARTA.- VULNERACIÓN DE LA LEY AL FALTAR LA PREVISIÓN DE LA EXIGENCIA DE LICENCIA MUNICIPAL DE OCUPACIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO

Conforme al art. 77 Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, el uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general.

Prescindiendo la Ordenanza de tal previsión legal se hace también imposible su aplicación legal.



**asociación española del express y de la carga
aérea internacional**

QUINTA.- VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA UNIDAD DE MERCADO

El establecimiento de la Tasa resulta contrario al Derecho de la Unión Europea (art. 49 TFUE) en la medida en que dificulta y hace menos atractivo operar en el mercado de los servicios postales de Barcelona y, por tanto, dificulta la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios garantizada por el Derecho de la UE.

En tanto en cuanto la Ordenanza supone un obstáculo a la libre circulación y establecimiento de operadores económicos y a la libre circulación de bienes por todo el territorio español y, además, impone una desigualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica de los operadores postales, vulnera el principio de unidad de mercado que protege la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITA AL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: que tenga por presentado en el trámite de información pública este escrito y por efectuadas las reclamaciones que resultan del cuerpo del mismo, las estime y, en confirmad con ello, proceda a acordar la no aprobación definitiva de la *“Ordenanza Fiscal relativa a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (business to consumer)”* por ser contraria a la legalidad.

En Madrid, a 6 de febrero de 2013.