



Roj: STSJ PV 2728/2009
Id Cendoj: 48020330012009100173
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 598/2007
Nº de Resolución: 515/2009
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 598/07

SENTENCIA NUMERO 515/09

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DOÑA M^a DEL MAR DIAZ PEREZ

En la Villa de BILBAO, a veintisiete de julio de dos mil nueve.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 598/07 y seguido por el procedimiento Ordinario Ley 98, en el que se impugna: NORMA FORAL 2/2007 DE 7 DE FEBRERO DE LAS JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA PUBLICADA EN EL B.O.B. Nº 34 DE 16-2-07 DE MODIFICACION DE LA NORMA FORAL 2/1993 DE 18 DE FEBRERO DE CARRETERAS DE BIZKAIA. *** \$.

Son partes en dicho recurso: como recurrente Calixto , Milagrosa y Hernan , representados por el Procurador DON ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS y dirigido por el Letrado DON RICARDO ZARAUZ ELGUEZABAL.

Como demandada DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA, representada por la Procuradora DOÑA M^a BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigida por el Letrado DON ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

-JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA, representadas por la Procuradora DOÑA MARIA BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigidas por el Letrado DON JOSE LUIS AURTENETXE GOIRIENA.

Siendo Ponente la Iltma. Sra. Dña. M^a DEL MAR DIAZ PEREZ, Magistrada de esta Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13-04-07 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS, actuando en nombre y representación de Calixto , Milagrosa y Hernan , interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, de modificación de la Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero, de Carreteras de Bizkaia; quedando registrado dicho recurso con el número 598/07.

La cuantía del presente recurso quedó fijada como indeterminada.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación , en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

CUARTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el el resultado obrante en autos.

QUINTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEXTO.- Por resolución de fecha 07-07-09 se señaló el pasado día 09-07-09 para la votación y fallo del presente recurso.

SEPTIMO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso José Bartau Rojas en nombre y representación de DON Calixto , DON Milagrosa y DON Hernan , se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, de modificación de la Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero, de Carreteras de Bizkaia.

Solicita la parte actora que esta Sala con estimación del recurso, anule los siguientes apartados de la Norma Foral 2/2007:

- a.- Del artículo tercero, el apartado 4 (introduce el art. 23 bis);
- b.- Del artículo cuarto, el apartado 2 (modifica la redacción del art. 25);
- c.- Del artículo sexto, los apartados 2 (introduce el art. 27 bis), 3 (añade el art. 27 ter), 4 (adiciona el art. 27 quater) y 5 (añade un art. 27 quinqués);
- d.- La disposición final primera; y,
- e.- Cualesquiera otros contenidos de la Norma Foral 2/2007 por conexión o consecuencia directa respecto de los anteriores.

Las Juntas Generales de Bizkaia y la Diputación Foral de Bizkaia se oponen a la admisión del recurso por falta de legitimación activa de los recurrentes, en su condición de Junteros, por estar expresamente proscrita la impugnación de actos y disposiciones de una entidad pública por parte de miembros colegiados de sus órganos (art. 20.a de la LJCA), y en calidad de "meros ciudadanos", por no concurrir en ellos ningún derecho o interés legítimo, efectivo y acreditado que lo justifique (art. 19.1.a de la LJCA).

Sin necesidad de planteamientos más extensos, debe admitirse la legitimación de los recurrentes en su condición de Junteros, miembros integrantes de las Juntas Generales, adscritos al Partido Popular Vizcaíno, que en su momento se opusieron y votaron en contra de la aprobación de la Norma Foral 2/2007, a la vista de que el Tribunal Supremo en reciente Sentencia de 12 de febrero de 2.009 (ROJ STS 1387/2009), por la que se estima el recurso de casación formulado frente a la Sentencia de TSJPV de 28 de febrero de 2.006 (RCA 758/03), ha reconocido legitimación a los miembros de las Juntas Generales que hayan votado en contra de la adopción de la Norma Foral que se recurra, al entender que, en ausencia de norma foral, resulta aplicable al caso el art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que, junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, permite que los miembros de las corporaciones puedan impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico cuando hubieran votado en contra de tales acuerdos; aplicación que funda en lo dispuesto en el art. 39 y en la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley 7/1985 .

Lo que a su vez hace irrelevante entrar en el examen de la legitimación de los recurrentes como meros ciudadanos, es decir, en su propio nombre y derecho; únicamente recordar que, esta Sala admitió la legitimación activa de los recurrentes como portadores de un interés legítimo en el recurso 758/03, que el Tribunal Supremo confirmó el 12 de febrero de 2.009 .

SEGUNDO.- Despejado el obstáculo procesal, para situar los argumentos del recurso conviene hacer las siguientes precisiones:

Como ya hemos dicho, en recurso contencioso - administrativo anterior identificado con el número 758/03, esta Sala y Sección dictó Sentencia el 28 de febrero de 2.006 , anulando la Norma Foral 11/2002 , de 12

de diciembre, por la que se creó el canon de utilización de infraestructuras viarias y se regularon determinados aspectos del régimen tributario de la sociedad pública foral Bizkaia Hegoaldeko Akzabilitatea, S.A.

La Sala, no obstante haber descartado la naturaleza tributaria de canon, se acogía a la idea de que incluso en el ámbito del ejercicio de la potestad tarifada, a la hora de fijar precios por la utilización de bienes y servicios, la Administración tenía legalmente la obligación de referirlos al importe de los costes de dichos bienes o servicios, sin que fuera admisible en el sistema jurídico español una determinación de los mismos que fuera ajena a cualquier lógica de autofinanciación; esa idea de afección al servicio se radicaba en el art. 107 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Con posterioridad, las Juntas Generales de Bizkaia dictan la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, que modifica la Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero, de Carreteras de Bizkaia, disponiendo la derogación de la Norma Foral 11/2002 (Disposición Derogatoria) así como que, en tanto no se apruebe el Decreto Foral que determinará las partes de la red o redes de infraestructura viaria objeto de la misma en los que se hayan de aplicar con carácter inmediato los peajes regulados en el Capítulo II, así como los demás extremos previstos en éste último, se seguirá aplicando el canon sobre la utilización de infraestructuras viarias regulado por la Norma Foral 11/2002, de conformidad con lo dispuesto en la misma (Disposición Transitoria).

El 16 de diciembre de 2.008, se dicta por la Diputación Foral de Bizkaia el Decreto Foral 195/2006, sobre los peajes aplicables en las partes de la red de infraestructuras viarias del Territorio Histórico de Bizkaia que se determinan.

Por Decreto Foral 196/2008, de 16 de diciembre, se determinan las cuantías del peaje sobre determinadas partes de la red de infraestructura viaria establecido por Decreto Foral 195/2008, de 16 de diciembre.

TERCERO.- La demanda del presente recurso, primero, parte del contenido del precedente de la Sala comentado (Sentencia de 28 de febrero de 2.006), para afirmar que las Juntas Generales de Bizkaia, apartándose de él, articulan y construyen un sistema de financiación de carreteras que adolece de los mismos defectos que los que condujeron a la Sala a declarar la nulidad de la Norma Foral 11/2002; lo mismo que allí, dice, ahora en el caso de la Norma Foral 2/2007, también pretende instaurarse un sistema de financiación que haría descansar sobre los usuarios de las carreteras el gravamen de tener que pagar, cuando hicieran uso de las mismas, unos importes que significativamente excederían del coste del servicio que se les presta, entre otras razones, porque la propia norma foral prevé (artículo 2º, que introduce un apartado 3 bis en el art. 5 de la Norma Foral 2/93, de 18 de febrero, de Carreteras; art. 3º.4, que introduce el artículo 23 bis, y artículo 6º.4, que adiciona artículo 27 quater, en especial el apartado 4.a, párrafo 1) que se les pueda exigir un componente destinado precisamente a la construcción de nuevas infraestructuras de la red, entendido esto como la de carreteras de nuevo trazado todavía inexistentes o no integradas en la red en el momento en que el usuario tiene que pagar por ellas.

Continúa, en segundo lugar, la demanda cuestionando el soporte en el que la Administración justifica la norma impugnada, que no es otro que la aprobación por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de la Directiva 2006/38 / CE, de modificación de la aprobada bajo la refª 1999/62 /CE relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras.

No entran los recurrentes en la interpretación de esa Directiva 2006/38 /CE, porque en España la normativa estatal todavía no se ha adaptado a ella, inexistiendo norma de trasposición al respecto; en ese sentido, alegan, que el intento forjado por las Juntas Generales de Bizkaia en su Norma Foral 2/2007, es de todo punto pionero, pues las Juntas Generales a la hora de establecer una normativa novedosa, no pueden desconocer las constricciones que al sistema normativo foral le impone el ordenamiento estatal, y así, por mucho que la Norma Foral quisiera adaptarse al sistema de la Directiva 2006/38 CE, no podría válidamente hacerlo en tanto en cuanto el ordenamiento estatal no lo hubiera hecho con anterioridad, si es que las novedades que se pretenden introducir en el territorio foral son hoy por hoy incompatibles con las regulaciones normativas vigentes en el ordenamiento estatal en ámbitos de su propia y originaria competencia (por ejemplo, en el financiero-tributario y regulatorio de las prestaciones patrimoniales de derecho público). Y tanto más será así cuanto que la trasposición verificada por la Norma Foral 2/2007 de la Directiva 2006/381CE va mucho más lejos de lo pretendido por la propia Directiva, cuya finalidad primordial no es otra que la de preservar la libre competencia en el mercado único de la Unión, en la medida que extiende sus principios informadores y la aplicación del peaje a todo tipo de vehículos, en lugar de circunscribirla a los pesados.

En tercer lugar, se defiende que el canon de utilización de infraestructuras viarias o peaje que se contempla ahora en la Norma Foral 2/2007 debe ser calificado de tributo, y, en especial, de tasa, por cuanto se cumplen varios (cuando, en realidad, bastaría sólo con uno) de los requisitos previstos en las Leyes, como son por ejemplo la naturaleza de bien esencial, imprescindible para el desarrollo de la vida individual y social, que conviene sin duda a la utilización de las carreteras, bienes de dominio público, por parte de los ciudadanos, y el hecho del monopolio de la oferta que se ejerce por parte del sector público. Por lo que como tasa, su propia definición legal obliga a que la aportación del contribuyente no pueda ser superior al límite marcado por los costes de gestión y explotación del servicio, lo que de suyo excluye en el ordenamiento actualmente vigente que puedan tomarse en consideración a la hora de fijar el importe de las tasas factores como el coste de construcción de nuevas infraestructuras.

Por otra parte, sostiene que la calificación que mereciera ese componente añadido al propio de la tasa que el contribuyente hubiera de tener que pagar para la financiación de nuevas estructuras de la red de que se trate, la optimización del desarrollo de la totalidad del sistema de transportes y el beneficio del sector del transporte en su conjunto, es el de una aportación sin contraprestación actual y tomando como hecho imponible un acto de gasto, lo que nos lleva al terreno de la imposición indirecta, para cuya instauración o establecimiento las Juntas Generales carecen de la necesaria potestad, pues solamente el título competencial del Concierto Económico (Ley 12/2002, de 23 de Mayo) les autorizaría para ello, y bien sabido es que el Concierto Económico no atribuye al Territorio Histórico de Vizcaya autonomía fiscal en materia de imposición indirecta, con la única excepción de lo que se regula en su sección octava en lo relativo al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (art. 30).

Por último, recoge la demanda, que con independencia de la calificación que como precio, tasa o impuesto pudiera convenir al peaje, lo que no parece discutible ya es que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 185/1995, de 14 de Diciembre) y de los profundos cambios normativos introducidos a raíz de la misma, estaríamos en presencia de una verdadera prestación patrimonial de derecho público, precisamente por esa coactividad anudada a la figura en la utilización de un bien de dominio público de carácter esencial y en régimen de oferta monopolística por el sector público, lo que natural e inevitablemente nos introduce en el ámbito del principio de legalidad ex artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución Española .

Ahora bien, los requerimientos de este principio de legalidad no podrían nunca cohonestarse con las amplísimas autorizaciones y delegaciones de las Juntas Generales de Bizkaia al órgano ejecutivo, la Diputación Foral de Bizkaia, para determinar con un margen de incontrolable discrecionalidad no solamente los elementos esenciales del tributo, de la prestación, en particular el quantum de la misma (no se fijan límites máximos ni mínimos a dicho quantum), sino incluso la identificación misma del hecho imponible allí donde se le autoriza para identificar los tramos de la red o redes de carreteras que vayan a quedar sujetas al pago de un peaje (véanse a este respecto el artículo 4°.2, que modifica la redacción del artículo 25.1 de la Norma Foral 2/1993, de 18 de Febrero, de Carreteras; el artículo 6°.2 y 6°.3, 60.4 y 6°.5, y la disposición final primera, de la Norma Foral 2/2007). Entendiendo, por ello, que todas estas delegaciones concebidas en términos tan laxos implican una inaceptable abdicación de sus responsabilidades por parte de las Juntas Generales de Bizkaia (así, sentencias ya citadas, del Tribunal Constitucional, 63/2003, de 27 de Marzo , 102/2004, de 20 Abril y 12112005, de 10 de Mayo).

Las Juntas Generales de Bizkaia de forma previa a la contestación de la demanda, consideran que la extensión de las pretensiones actoras a "cualesquiera otros contenidos de la Norma Foral 2/2007 por conexión o consecuencia directa respecto de los anteriores" desafía el requisito de conexión de la pretensión exigido en el art. 56.1 de la LJCA , lo que podría suscitar una posible causa de inadmisibilidad.

Entrando en las cuestiones sustantivas, entiende que los argumentos utilizados por la Sentencia del TSJPV de 28 de febrero, no pueden ser trasladados sin más al presente caso, por estar ante disposiciones diferentes en cuanto a su fundamento, contenido y finalidad, y porque la "ratio decidendi" de dicha sentencia que se apoya en el art. 107 del Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, no sería de aplicación a la Norma Foral 2/2007, que no crea un peaje sino el régimen jurídico de los peajes.

Defienden las JJGG que el Territorio Histórico de Bizkaia es competente para realizar la transposición de la Directiva 1999/62 en su redacción actual, conforme al principio de autonomía institucional, en virtud de su competencia en material de carreteras, así como a extender los principios que recoge a todos los vehículos, posibilidad que reconoce la propia Directiva.

Por otra parte, sostienen que el peaje regulado por la Norma Foral 2/2007, al igual que sucedía con el canon establecido en la Norma Foral 11/2002, tiene una naturaleza tarifaria y como tal se trata de una

prestación espontánea o libre, ausente de nota de coactividad alguna, que el explotador de la infraestructura hace suyo por título de derecho privado, por lo que no puede considerarse infringido el Concierto Económico, ni mucho menos los artículos 31.1 y 133.1 de la CE, ya que sin naturaleza tributaria no hay tributo concertado ni reserva de ley que le afecte.

No obstante, en contestación a las acusaciones sobre las amplísimas autorizaciones dadas por la Norma Foral a la Diputación Foral en cuanto a la fijación de los peajes, explica: que el art. 25 de la Norma Foral de Carreteras de 1.993 ya daba a la Diputación Foral de Bizkaia una amplísima potestad discrecional para establecer peajes, sin límite alguno en cuanto a su extensión con respecto a la Red Foral de Carreteras ni en cuanto al tipo de vehículos sobre los que puede ser impuesto, y sin tener que cumplir los rigurosos requisitos que exige la Directiva y que ahora se recogen; que la Norma Foral 2/2007 al adicionar al Capítulo II de la Norma Foral 2/1.993 una nueva sección 5ª, introduce toda una disciplina en relación tanto con los conceptos que pueden ser tenidos en cuenta al efectuar el cálculo de los importes medios ponderados, como al destino a que puedan ser destinados los ingresos procedentes de los peajes.

La defensa de la Diputación Foral de Bizkaia se sitúa en idénticos términos a los expuestos por las JJGG de Bizkaia.

CUARTO.- Como ya hemos adelantado el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de febrero de 2.009, recaída en el recurso 3349/2006, ha estimado el recurso de casación formulado frente a la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 28 de febrero de 2.006 (RCA 758/03), y conociendo sobre el canon de utilización de infraestructuras viarias creado y regulado por la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, ha dicho lo siguiente:

< < QUINTO.- (...)

2. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 63/2003, de 27 de marzo, en la que declaró la inconstitucionalidad del art. 9 y de la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, sobre Régimen Financiero de los Puertos, ha sostenido que el canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto, en tanto que se exige por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, constituye una de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

Estamos ante una "prestación patrimonial de carácter público" cuando existe una imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla, siempre que, al mismo tiempo, la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público (STC 182/1997, de 28 de octubre).

Con independencia de la calificación formal que se les otorgue, los llamados cánones por concesiones administrativas o, lo que es igual, por ocupación del dominio público portuario, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Poco importa que la prestación patrimonial de carácter público aparezca etiquetada bajo una denominación distinta. Lo relevante es que pueda llegarse a la conclusión de que lo que indebidamente se viste en apariencia como un precio, sea público o privado, resultante del ejercicio de una potestad supuestamente tarifaria, encubre una realidad distinta: la de prestación patrimonial de carácter público.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 20 de abril y 10 de mayo de 2005, núms. 102 y 121, al resolver sobre la constitucionalidad de los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, por posible vulneración del art. 31.3 de la Constitución Española, los declara inconstitucionales en tanto que califican como "precios privados" las contraprestaciones devengadas por la prestación de servicios portuarios, excluyendo así las exigencias que derivan del principio de reserva de ley establecido por la Constitución para las prestaciones patrimoniales de carácter público.

El propio Tribunal Constitucional nos recuerda en su sentencia núm. 102, de 20 de abril de 2005, que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público los pagos exigibles en dos supuestos concretos: 1º) Por la prestación de servicios o la realización de actividades en las que concurra cualesquiera de las circunstancias siguientes: que sean de solicitud o recepción obligatoria; que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho; o que sean "objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar". 2º) Por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

Si trasladamos esta doctrina al canon de utilización del demanio creado por la Norma Foral que se impugna en este recurso, los usuarios de las infraestructuras viarias que se contemplan en la Norma Foral 11/2002 deben contribuir con una prestación que coactivamente se les impone (canon) si quieren hacer uso de las mismas. El referido canon de uso participa de la naturaleza de una auténtica prestación patrimonial de carácter público y queda sujeta por ello a los requerimientos inherentes al principio de legalidad de los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución Española .

El Tribunal Constitucional ha podido matizar que mientras el tributo debe satisfacerse, directa o indirectamente, a entes públicos, la prestación patrimonial de carácter público concurre "con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe" (STC 182/1997 , FJ 15). Lo verdaderamente importante es su sujeción al principio de legalidad por tratarse de una prestación patrimonial de carácter público. Por eso el procedimiento de interponer la sociedad pública foral INTERBIAK S.A. para el cobro del canon no puede servir para eludir los requerimientos objetivos que para la validez de las prestaciones patrimoniales de carácter público dimanaban del principio de legalidad. A los usuarios el esfuerzo contributivo les resulta el mismo, cualquiera que sea la forma de organización que internamente haya arbitrado la Administración para la gestión recaudatoria.

El canon de utilización de infraestructuras viarias creado por las Juntas Generales de Vizcaya es lo mismo que el canon por ocupación de superficie y utilización de obras e instalaciones portuarias a que se refiere la STC 63/2003, de 27 de marzo , una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza tributaria por tratarse de una verdadera tasa a la luz de lo dispuesto en el marco legal (conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 25/98 , de prestaciones patrimoniales de carácter público), una vez adaptado a la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 185/95, de 14 de diciembre). > >

Superado, por tanto, el contenido de la Sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2.006 , se descarta el examen de las alegaciones de las partes que surgen de la misma, para centrarnos en aquellos alegados por los recurrentes que parten de la naturaleza de prestación patrimonial de derecho público del canon de uso de autopistas y, consecuentemente, su sujeción al principio de legalidad.

En este particular, es de perfecta traslación al caso el contenido de la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

La Norma Foral impugnada 2/2007 introduce en la Ley de Carreteras de Bizkaia un nuevo régimen jurídico de los peajes en Bizkaia, régimen jurídico que no puede desconocer la condición de prestación patrimonial de derecho público y naturaleza tributaria del peaje, o canon de uso de autopista, que regula, y su sometimiento al principio de legalidad tributaria, a la luz de la STC 63/2003, de 27 de mayo , pues al igual que el canon creado por la Norma Foral 11/2002, estamos ante usuarios del demanio público (de las infraestructuras viarias) que deben contribuir con una prestación que coactivamente se les impone (canon) si quieren hacer uso de las mismas.

QUINTO.- Situados en el ámbito tributario, la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia 2/2005, de 10 de marzo, dispone en el art. 7.a) que se regulará, en todo caso, por Norma Foral de las Juntas Generales la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria; por su parte, el art. 4 establece que la potestad reglamentaria para el desarrollo de las normas tributarias corresponde a la Diputación Foral, a propuesta del Diputado de Hacienda y Finanzas.

Llegados a este punto, se impone analizar ahora si la regulación que se contiene en la delegación normativa, establece o no los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar los peajes, proscribiendo una actuación no sujeta a límites y garantizando una decisión suficientemente predeterminada, como dijo la STS de 12 de febrero 2.009 .

Sobre este particular, los recurrentes alegan que el principio de legalidad tributaria no se cumple por cuanto las Juntas Generales de Bizkaia delegan o autorizan al órgano ejecutivo, la Diputación Foral de Bizkaia, para determinar el quantum de la prestación (no se fijan límites máximos ni mínimos a dicho quantum), y la identificación misma del hecho imponible (determinar los tramos de la red o redes de carreteras que vayan a quedar sujetas al pago de un peaje).

Las Administraciones demandadas, por su parte, oponen que la Norma Foral 2/2007 al adicionar al Capítulo II de la Norma Foral 2/1.993 una nueva sección 5ª, introduce toda una disciplina a la que debe someterse la Diputación Foral a la hora de fijar el quantum del peaje.

La Norma Foral 2/2007 (art. 4.2), modifica la redacción del art. 25 de la Norma Foral 2/1993, de Carreteras, que queda redactado de la siguiente manera:

"1. La Diputación Foral, como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo, siendo la utilización gratuita para el usuario. No obstante, mediante Decreto, la Diputación Foral podrá establecer el pago de peaje, así como las tarifas correspondientes de acuerdo con lo previsto en la Sección 5.ª de este Capítulo."

Mediante el art. 6 de la Norma Foral 2/2007 se introduce en el Capítulo II de la Norma Foral de Carreteras de Bizkaia, la Sección 5ª, titulada "Régimen de los Peajes", de la que destacamos lo siguiente:

Artículo 27 bis. ¿Principios.

"La Diputación Foral de Bizkaia podrá mantener o introducir peajes en la red o redes de carreteras, o en parte de ellas, siempre que no sean discriminatorios con respecto al tráfico internacional ni den lugar a distorsiones de la competencia entre operadores. "

Artículo 27 ter. ¿Identificación de las partes de la red o redes de infraestructura a las que se aplique el peaje.

"La Diputación Foral identificará mediante Decreto Foral las partes de la red o redes de infraestructura viaria de Bizkaia a las que se aplique el peaje."

Artículo 27 quater. ¿Importe.

"1. El importe de los peajes medios ponderados se basará únicamente en el principio de recuperación de los costes de construcción y de los costes de explotación, mantenimiento y desarrollo de la red de infraestructura de que se trate.

La Diputación Foral podrá decidir no recuperar esos costes mediante ingresos procedentes de peajes o no ajustar al promedio el importe de determinados peajes.

El importe de los peajes medios ponderados podrá también incluir un componente de rendimiento del capital o un margen de beneficio basado en las condiciones de mercado."

Artículo 27 quinquies. ¿Modulación.

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior en lo que se refiere a los peajes medios ponderados, la Diputación Foral podrá modular los importes de los peajes por motivos como la lucha contra el daño medioambiental y la congestión del tráfico, la limitación de los daños a la infraestructura, la utilización óptima de la infraestructura de que se trate o el fomento de la seguridad vial."

A lo que podríamos añadir el contenido del preámbulo del Decreto Foral 195/2006, de 16 de diciembre, que dicta la Diputación Foral de Bizkaia, en ejecución de la delegación introducida en la Norma Foral de Carreteras, donde se recoge que " De acuerdo con el artículo 27. ter de la Norma Foral de Carreteras, la Diputación Foral de Bizkaia ha de identificar mediante Decreto Foral las partes de la red o redes de infraestructura viaria de Bizkaia a las que se aplique el peaje así como las bases concretas para la determinación exacta de las cuantías del peaje en función de los costes asociados a la utilización de aquellas.

Es ésta precisamente la finalidad del presente Decreto Foral, mediante el cual se crea y regula el peaje de utilización de la Autopista AP8 del Cantábrico (BilbaoBehobia) en el itinerario que discurre por el Territorio Histórico de Bizkaia."

Como ocurrió con la Norma Foral 11/2002, anulada por el Tribunal Supremo, la Norma Foral 2/2007 , no establece ningún límite máximo, explícita o implícitamente, a la cuantía del canon por utilización de infraestructuras viarias, cuando " la determinación de un límite máximo en la fijación del "quantum" de la prestación es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley" (STS de 12 de febrero de 2.009).

En este caso, además, la determinación de las carreteras a las que se les aplicará peaje se deja a la entera libertad de la Diputación Foral.

De lo que antecede, podemos concluir, que la delegación efectuada por la Norma Foral 2/2007 a favor de la Diputación Foral de Bizkaia para el establecimiento del peaje en la red de carreteras titularidad de las instituciones bizkainas, no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad tributaria, ni en la fijación del "quantum" de la prestación, ni en la determinación del hecho imponible, por dejar en manos de la Diputación Foral la fijación de dos elementos esenciales del tributo.

Por tanto, el recurso debe ser estimado y anulados los preceptos de la Norma Foral 2/2007 impugnados.

Una vez alcance firmeza la Sentencia, se hará público su Fallo en el Boletín Oficial de Bizkaia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 72.2 LJC-A .

Los efectos de la Sentencia firme, serán los establecidos en los artículos 72 y 73 de la Ley Jurisdiccional .

SEXTO.- Sin expresa imposición de costas, atendiendo al contenido del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción .

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos por los que este Tribunal emite el siguiente

FALLO

QUE ESTIMAMOS EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO NÚMERO 598 DE 2.007 INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES D. ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE DON Calixto , DOÑA Milagrosa y DON Hernan , CONTRA LA NORMA FORAL 2/2007, DE 7 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE LA NORMA FORAL 2/1993, DE 18 DE FEBRERO, DE CARRETERAS DE BIZKAIA, DE LA QUE ANULAMOS LOS ARTÍCULOS EXPRESAMENTE IMPUGNADOS (ARTÍCULO 3.4; ARTÍCULO 4.2; ARTÍCULO 6 APARTADOS 2, 3, 4 y 5, Y LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA). SIN COSTAS.

CONTRA ESTA SENTENCIA CABE RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, EL CUAL HABRÁ DE PREPARARSE MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE ESCRITO ANTE ESTE ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PLAZO DE 10 DIAS, A CONTAR DESDE EL SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA RESOLUCIÓN.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.