

Sentencia Tribunal Supremo 02/12/2022

Tribunal Supremo , 2-12-2022 , nº 1611/2022, rec.7366/2020,

Pte: Córdoba Castroverde, M^a de la Esperanza

ECLI: ES:TS:2022:4448

ANTECEDENTES DE HECHO

Resolución recurrida en casación.

1 . Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada el 8 de septiembre de 2020 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que desestima el recurso de apelación nº 2715/2020, interpuesto por Red Eléctrica de España, S.A.U, contra la sentencia de 24 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Almería, que desestimó el recurso en el procedimiento abreviado nº 687/2017, promovido frente a 16 liquidaciones de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en carreteras y caminos provinciales mediante edificaciones y obras, instalaciones, servidumbres y servicios, apertura de zanjas y calicatas y cualquier remoción del pavimento de dichas vías públicas, correspondientes al ejercicio 2016, e indirectamente contra la Ordenanza Fiscal de la Diputación Provincial de Almería, reguladora de la citada tasa (BOP de 14 de febrero de 2013).

La sentencia aquí recurrida tiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Se desestima el recurso interpuesto por Red Eléctrica de España SAU contra la Sentencia nº 269/2019, de 24 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Almería, que se confirma por ser ajustada a Derecho.

Con imposición de las costas a la parte recurrente, que se limitan, por el concepto de Letrado, a una cantidad máxima de 3.000 euros".

Preparación del recurso de casación.

1. Notificada dicha sentencia a las partes, el procurador don Luis Alcalde Miranda, en nombre y representación de Red Eléctrica de España, SAU, presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia mencionada.
2. En dicho escrito, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos los artículos 24.1.a) y 25 del 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 (BOE de 9 de marzo) ["TRLHL"].
3. La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 12 de noviembre de 2020, ordenando el emplazamiento a las partes para comparecer ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo comparecido Red Eléctrica de España, S.A.U. -recurrente- y la Diputación Provincial de Almería -recurrida-, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

Admisión e interposición del recurso de casación.

1. La Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en auto de 17 de junio de 2021, apreció que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

"[...] Matizar, precisar, o revisar, en su caso, la jurisprudencia establecida, concretando si en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público es lícito imponer un tipo de gravamen del 5% sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento, partiendo de que, a juicio de la Sala, estamos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y, en su caso, cuál debería ser el tipo de gravamen aplicable a éste que debería reflejar la ordenanza.

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

3.1. Los artículos 24 y 25 del 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 (BOE de 9 de marzo).

3.2. El artículo 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos del Estado (BOE de 15 de abril).

3.3. El artículo 85 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de noviembre).

3.4. 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 Público (BOE 14 de julio)".

2. La parte recurrente interpuso recurso de casación en escrito de 6 de septiembre de 2021, que observa los requisitos legales, en el que se mencionan como normas jurídicas infringidas las que han quedado citadas más arriba, señalando que "el régimen de cuantificación de la tasa viene regulado en el artículo 4º de la Ordenanza Fiscal, relativo a la "Base imponible" que, para el caso de REE, determina una tarifa que asciende a 104,13 euros por cada metro lineal. Esta tarifa ... trae causa del informe técnico-económico", que "En la demanda y en el recurso de apelación, esta parte vino a alegar, entre otras cuestiones, la absoluta desproporcionalidad de la cuantía de la tasa, en razón, principalmente, a la no correspondencia de dicha cuantía con un supuesto de aprovechamiento especial del dominio público", añade que "la Ordenanza fiscal fija una tarifa que asciende a 104,13 euros por cada metro lineal para los supuestos de utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público local, sin distinguir entre ambos usos. La tarifa es, por tanto, anual y única. Quiere ello decir, en definitiva, que la cuantía anula de la tasa resultante no distingue entre los supuestos de utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público, tratando ambos usos por igual, por lo que no tiene en cuenta la intensidad del uso que se realiza por el contribuyente del dominio público".

Sostiene que "no realiza una utilización privativa del dominio público, sino un aprovechamiento especial del dominio público, que, además, es de muy baja intensidad (con cables que sobrevuelan), que no impide, de ordinario el uso común del demanio afectado por dicho transporte (...) Estamos ante una tasa que grava un aprovechamiento especial del dominio público de muy escasa intensidad, cuya tarifa debe corresponder a esa realidad, tanto jurídica como física, pues de lo contrario la aplicación del tributo dará lugar, como así sucede, a una cuota tributaria anual, a una cuantía anual del gravamen, verdaderamente desproporcionada." .

Señala que la cuestión que presenta interés casacional planteada en el Auto, ya ha sido abordada por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias que relaciona, y que "El Tribunal Supremo ha fijado como doctrina jurisprudencial que es disconforme con el Ordenamiento Jurídico la fijación de un tipo

de gravamen anual único del 5 por ciento, sin distinguir el tipo de aprovechamiento especial del demanio público efectuado por el contribuyente" , por lo que "Trasladando este criterio al caso que nos ocupa, teniendo en consideración que el régimen de cuantificación de la tasa no contempla ninguna distinción en relación con la intensidad que se hace del demanio público, haciendo tributar de igual manera aquellos supuestos de utilización privativa y de aprovechamiento especial, cuando la intensidad del uso es bien distinta, en exigencia del principio de unidad de doctrina, inherente a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 CE), se debería reiterar el criterio mantenido en las referidas Sentencias, mereciendo, la cuestión planteada, igual respuesta".

Termina solicitando a la Sala que:

"[...] se sirva estimar el presente recurso de casación, interpuesto contra la Sentencia nº 2648/2020 dictada el 8 de septiembre de 2020 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, que desestimó el recurso de apelación nº 2715/2020, se sirva anular dicha Sentencia y declare nulo de pleno derecho el artículo 4º de la Ordenanza Fiscal , así como los recibos cobratorios de la tasa".

Oposición del recurso de casación.

Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, presenta el día 12 de noviembre de 2021, escrito de oposición en el que solicita a la Sala:

"[...] dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la Sentencia recurrida e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso".

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

Por providencia de 16 de noviembre de 2021, el recurso quedó concluso y pendiente de votación y fallo, al no haber lugar a la celebración de vista pública por advertir la Sala la innecesaridad de dicho trámite atendiendo a la índole del asunto.

Asimismo, por providencia de 3 de octubre de 2022 se designó ponente a la Excm. Sra. Dª Esperanza Córdoba Castroverde y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el 29 de noviembre de 2022, fecha en la que tuvieron lugar dichos actos, con el resultado que se expresa a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Objeto del presente recurso de casación.

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia de apelación, arriba mencionada, en la que se desestimaba el recurso de apelación núm. 2715/2020, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Almería, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 687/2017 interpuesto contra 16 liquidaciones de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en carreteras y caminos provinciales mediante edificaciones y obras, instalaciones, servidumbres y servicios, apertura de zanjas y calicatas y cualquier remoción del pavimento de dichas vías públicas, correspondientes al ejercicio 2016, e indirectamente contra la Ordenanza Fiscal de la Diputación Provincial de Almería, reguladora de la citada tasa (BOP de 14 de febrero de 2013).

El objeto de este recurso de casación consiste en matizar, precisar, o revisar, en su caso, la jurisprudencia establecida, concretando si en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público es lícito

imponer un tipo de gravamen único del 5% sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento, partiendo de que, a juicio de la sala, estamos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y, en su caso, cuál debería ser el tipo de gravamen aplicable a éste que debería fijar la ordenanza.

En el caso examinado, la Ordenanza fiscal fija una tarifa que asciende a 104,13 euros por cada metro lineal para los supuestos de utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público local, sin distinguir entre ambos usos.

Aduce la recurrente que " La tarifa es, por tanto, anual y única. Quiere ello decir, en definitiva, que (...) no distingue entre los supuestos de utilización privativa y aprovechamiento especial del dominio público" añadiendo que " no realiza una utilización privativa del dominio público, sino un aprovechamiento especial del dominio público, que, además, es de muy baja intensidad (con cables que sobrevuelan), que no impide, de ordinario el uso común del demanio afectado por dicho transporte (...) Estamos ante una tasa que grava un aprovechamiento especial del dominio público de muy escasa intensidad , cuya tarifa debe corresponder a esa realidad, tanto jurídica como física, pues de lo contrario la aplicación del tributo dará lugar , como así sucede, a una cuota tributaria anual, a una cuantía anual del gravamen , verdaderamente desproporcionada".

Tal y como expone el auto de admisión, el presente recurso suscita una cuestión jurídica similar a la de otros recursos admitidos a trámite [vid., entre otros, los autos de 4 de noviembre de 2019 , 6 de noviembre de 2019 y 16 de enero de 2020 (RRCA 3100/2019; ECLI:ES:TS:2019:11421A, 3103/2019; ECLI:ES:TS:2019:11720A y 3690/2019)], siendo así que el planteamiento de la parte recurrente ha sido acogido en sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3, 10, 11, 16 y 17 de diciembre de 2020 (RRCA/3690/2019, ECLI:ES:TS:2020:4402; 3100/2019, ECLI:ES:TS:2020:4298; 3909/2019, ECLI:ES:TS:2020:4372; 3103/2019, ECLI:ES:TS:2020:4296 y 3099/2019, ECLI:ES:TS:2020:4162), entre otras.

La parte recurrida, Diputación Provincial de Almería, se opone al recurso de casación aduciendo, en esencia, que es en el escrito de preparación del recurso de casación cuando por primera vez se plantea "que la ordenanza fiscal grava de igual modo la utilización privativa del dominio público y el aprovechamiento especial y que por ello su cuantía, en el caso del aprovechamiento especial, es desproporcionada", y añade que "en el presente caso, la ordenanza fiscal cuya impugnación indirecta se pretende, cuantifica la tasa aplicando una cantidad por metro lineal de ocupación, y aunque la recurrente ha mostrado su disconformidad con la cuantía, no ha cuestionado en ningún momento esta forma de cuantificar la tasa", si bien basta la lectura de la sentencia impugnada para comprobar, sin dificultad, que la enunciada cuestión de interés casacional fue objeto de debate en la apelación, pues la sentencia impugnada en casación recoge lo siguiente (FJ segundo):

"En el recurso de apelación la mercantil Red Eléctrica de España SAU impugna de forma indirecta el apartado 1) del artículo 4 de la Ordenanza reguladora de la "Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en carreteras y caminos provinciales mediante edificaciones y obras, instalaciones, servidumbres y servicios, apertura de zanjas y calicatas y cualquier remoción del pavimento de dichas vías públicas", precepto que remite al apartado 2) del mismo artículo para la determinación de la cuantía de la tasa por "los cruzamientos aéreos con líneas eléctricas de alta tensión" que establece la cantidad de 104,13 euros por cada metro lineal.

Se argumenta que la Ordenanza fiscal es contraria a Derecho, ya que el artículo 4 apartados 1 y 2 son contrarios a los artículos 24.1.a) y 25 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales porque 1) hay insuficiencia del informe técnico- económico de aprobación de la Ordenanza, 2) es desproporcionada la tasa y 3) no corresponde la cuantía de la tasa con un supuesto aprovechamiento especial del dominio público como el que es objeto de las 16 liquidaciones".

Así pues, dada la sustancial identidad de las cuestiones resueltas en nuestra STS de 3 de diciembre de 2020, cit, y las demás a las que se ha hecho referencia, procede reproducir sus argumentos.

Remisión a la jurisprudencia de esta Sala sentada a partir de la sentencia nº 1659/2020, de 3 de diciembre, recurso de casación nº 3099/2019 .

Elementales exigencias de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica exigen reiterar los razonamientos y la conclusión que se extrajo en la citada sentencia, mediante la transcripción literal e íntegra de su fundamentación jurídica:

"[...] PRIMERO. Cuestiones relevantes que el recurso plantea.

1. El artículo 4 de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas agua e hidrocarburos del Ayuntamiento de R... (aquí, Sant Boi de Llobregat) es del siguiente tenor literal:

"La cuantía de las tasas reguladas en la presente ordenanza será la siguiente:

Constituye la cuota tributaria la contenida en las tarifas que figuran en el anexo, conforme a lo previsto en el artículo 24.1.a) del TRLHL, por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

El importe de las tasas previstas por dicha utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, como si los bienes afectados no fuesen de dominio público, adoptados a la vista de informes técnico- económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado. Dicho informe se incorporará al expediente para la adopción del correspondiente acuerdo, con las salvedades de los dos últimos párrafos del artículo 25 del RDL 2/2004 en vigor.

A tal fin y en consonancia con el apartado 1.a) del artículo 24 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial, resultará la cuota tributaria correspondiente para elementos tales como torres, soportes, postes, tuberías, líneas, conductores, repetidores, etc., que se asientan y atraviesan bienes de uso, dominio o servicio público y bienes comunales y que en consecuencia, no teniendo los sujetos pasivos la propiedad sobre los terrenos afectados, merman sin embargo su aprovechamiento común o público y obtienen sobre los mismos una utilización privativa o un aprovechamiento especial para su propia actividad empresarial.

La cuota tributaria resultará de calcular en primer lugar la Base Imponible que viene dada por el valor total de la ocupación, suelo e instalaciones, dependiendo del tipo de instalación, destino y clase que refleja el estudio, a la que se aplicará el tipo impositivo que recoge el propio estudio en atención a las prescripciones de las normas sobre cesión de bienes de uso y dominio público, de modo que la cuota no resulta de un valor directo de instalaciones y ocupaciones, que es lo que constituye la Base Imponible, sino del resultado de aplicar a ésta el tipo impositivo.

En consecuencia, la cuota tributaria de la tasa está contenida en el Anexo de Tarifas correspondiente al Estudio Técnico-Económico que forma parte de esta ordenanza en el que con la metodología empleada ha obtenido y recogido la cuota tributaria en cada caso".

2. U..., SA impugnó -por lo que aquí interesa- el mencionado precepto de la ordenanza al considerar, en primer

lugar, carente de motivación el estudio técnico económico mencionado en el precepto.

Obtuvo sentencia favorable de la Sala de Valladolid aquí impugnada, que razonó al respecto lo siguiente, literalmente transcrito:...

...TERCERO. Sobre la segunda cuestión interpretativa suscitada por el auto de admisión: la jurisprudencia sobre Ordenanzas similares no ha abordado, propiamente, la relevancia de la intensidad del uso o del aprovechamiento del demanio para cuantificar la tasa.

1. En la segunda cuestión se nos pide concretar en el auto de admisión si en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público -como el que aquí nos ocupa- es lícito imponer un tipo de gravamen del 5% sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento. Y ello, lógicamente, partiendo de que, a juicio de la Sala de instancia, estamos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo.

Se nos interroga también, en su caso, cuál debería ser el tipo de gravamen aplicable a éste que debería reflejar la ordenanza, siempre teniendo en cuenta -añadimos ahora, dado que ello viene así exigido por la normativa aplicable- que el valor de mercado del aprovechamiento debe ser necesariamente diferente si no permite un ulterior uso del dominio público o si, por el contrario, sí admite usos diferenciados sobre el mismo terreno.

2. La parte recurrente hace especial hincapié, en su escrito de interposición, en la existencia de una jurisprudencia anterior que habría dado carta de naturaleza a Ordenanzas similares a la que ahora analizamos sin poner tacha u objeción alguna al tipo de gravamen por razón de la intensidad o del tipo del uso o del aprovechamiento del demanio.

Se refiere, concretamente, a sentencias -como la núm. 2725/2016, de 21 de diciembre o la núm. 266/2019, de 28 de febrero - que "avalan en su totalidad la Ordenanza y el Informe" o que admitieron que la "utilidad que el aprovechamiento especial le reporta a la compañía", y no la intensidad del aprovechamiento, era el parámetro apto para fijar la cuantía de la tasa.

A su juicio, esa jurisprudencia debería determinar la estimación de su recurso de casación al ser idéntica la Ordenanza objeto de este litigio que aquellas otras confirmadas -al menos tácitamente- en las numerosas sentencias de esta Sala que se citan por la parte recurrente.

3. Aunque no le falta razón al ayuntamiento cuando afirma que distintas sentencias de esta misma Sala y Sección han desestimado recursos dirigidos a impugnar Ordenanzas muy similares a la que constituye el objeto de este proceso, existe una circunstancia esencial que no tiene en cuenta dicha parte y que hace que este recurso presente perfiles propios y claramente diferenciados de aquellos otros en los que se dictaron aquellas sentencias: aquí -y no en esos otros procesos- se ha trabado un debate -en la instancia y en esta casación- sobre si la Ordenanza Fiscal puede cuantificar la tasa que nos ocupa teniendo en cuenta exclusivamente el porcentaje que la ley fija para el uso privativo del dominio público local, prescindiendo por completo del tipo de aprovechamiento que tiene lugar en las instalaciones de transporte a las que dicha tasa se refiere.

En otras palabras, solo en este proceso el Tribunal Supremo se ha enfrentado al debate sobre si la cuantía de la tasa debe o no justificarse por la Ordenanza en atención a la intensidad del uso del dominio público local -como la sentencia recurrida y la demandante en la instancia sostienen- o si resulta suficiente -como defiende el ayuntamiento- con fijar el tipo de gravamen previsto en la ley para el uso privativo del demanio aunque las instalaciones de transporte previstas en la Ordenanza constituyan en realidad un supuesto de aprovechamiento especial del dominio público, para el que la ley prevé un tipo impositivo distinto.

Por eso, a juicio de la Sala, la jurisprudencia anterior no condiciona en absoluto la decisión que hayamos de adoptar en relación con la segunda infracción apreciada por la Sala de Valladolid, por la razón esencial de que no ha habido, en puridad, pronunciamiento de esta Sala sobre esa cuestión, más allá de la confirmación de la legalidad de Ordenanzas similares sin abordar el problema de si la intensidad del uso del demanio debe o no ser tenida en cuenta para fijar el tipo de gravamen.

En cualquier caso, no está de más recordar que esta misma Sala y Sección sí ha tenido en cuenta, en alguna ocasión, la relevancia del uso del dominio público para cuantificar la tasa. Lo hicimos, por ejemplo, en la sentencia de 31 de octubre de 2013 (recurso de casación núm. 3060/2012), en la que afirmamos lo siguiente:

"(...) Despejada esa primera cuestión ha de resolverse una segunda, que también suscita la compañía recurrente, si puede entenderse justificada la fijación de un tipo de gravamen del 3%, que es el doble del contemplado en el apartado c) del artículo 24.1 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, por la existencia de una mayor intensidad en el uso del demanio municipal por las empresas transportistas en comparación con las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica.

El informe técnico-económico sostiene ese porcentual en dos argumentos esenciales: el primero es que "[l]a red de transporte, que opera a la elevadas tensiones, precisa de espacio suficiente para implantar medidas de seguridad adecuadas, tanto por trabajos de mantenimiento como por la propia explotación de la red. Además, se deben cumplir las condiciones exigibles de protección del medio ambiente. Dada la declaración de utilidad pública de estas instalaciones [...] se establece la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso, tanto para suelos de uso público como para privados. [...] la servidumbre comprende igualmente el derecho de paso o acceso y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para construcción, vigilancia, conservación y reparación de las correspondientes instalaciones", y el segundo es que "[p]ara valorar la diferencia esencial entre los aprovechamientos de dominio público que realizan los distribuidores/comercializadores de energía y la empresa REE, observemos que, siendo un potencial de energía total determinado de magnitud única, la utilización del suelo o subsuelo necesaria para la distribución o comercialización se extiende y "distribuye" por todos los Municipios de España.

Por el contrario, las líneas de alta y media tensión están concentradas en algunos Municipios, de modo que es evidente la superior intensidad del aprovechamiento especial en aquellos territorios impactados por la actividad de REE" (sic). Con tal sustento concluye que "[v]alorando que la intensidad del aprovechamiento de que disfruta REE es superior al doble del aprovechamiento efectuado a favor de distribuidores y comercializadores se ha estimado proporcionado aplicar un tipo de 3% sobre los ingresos de REE que corresponderían a una longitud de [...] km de líneas de alta y media tensión, instaladas en el municipio [...]" (sic).

Desde luego no deja de llamar la atención del porcentaje del 3%, que en la ocupación del dominio público se hace sobre la vía pública municipal por parte de las empresas comercializadoras o suministradoras al vecindario el artículo 24.1.c) fije el 1,5%, la justificación que ofrece el informe técnico-económico para doblar el porcentaje que confirma la Sala de instancia; puesto que la afirmación de REE supone una intensidad, que duplica el citado 1,5%, no tiene en cuenta que en el precepto referido se prevén tanto la utilización privativa, y por lo tanto excluyente, como los aprovechamientos especiales, a través del suelo, subsuelo, vuelo, mientras que en el presente caso, la tasa se constituye con base en un uso de dominio público que sólo puede ser calificado como especial, pues el transporte de energía eléctrica se lleva a cabo mediante tendidos eléctricos que cruzan o sobrevuelan en su caso, carreteras, caminos, ríos y otros bienes de dominio público, y que ciertamente necesitan del establecimiento de postes cuya ocupación es de mínimo alcance en relación al tendido de la línea. Así en el presente caso, nos encontramos que las instalaciones de transporte de energía eléctrica, sin que se concrete por demás si las mismas transcurren o están fijadas en suelo de dominio público municipal, son una línea de 400 KV y dos subestaciones, sin que su impacto ambiental y potencial riesgo, sin más explicaciones, ni justificación

alguna en el informe técnico-económico, justifiquen una particular intensidad de aprovechamiento especial, mas cuando existe la referencia de las instalaciones amparadas al socaire del artículo 24.1.c), sobre la que puede predicarse la misma particular intensidad mientras que el porcentaje previsto legalmente sólo alcanza el 1,5%, y desde luego dicho impacto ambiental y potencial riesgo, en todo caso, serviría para la exigencia de una tributación de finalidad extrafiscal (incentivando determinadas conductas y desincentivando otras), protección del medio ambiente (...)"

Vemos, pues, que ni siquiera la cuestión de la intensidad del aprovechamiento ha sido ajena a la jurisprudencia de esta Sala en aquellos casos -como el analizado en la sentencia citada- en los que ha habido debate entre las partes o se ha suscitado en la instancia o en la casación, de manera que nada obsta abordar la segunda pregunta del auto de admisión, que nos interroga sobre si, en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público, es lícito imponer el tipo de gravamen previsto para los supuestos de uso privativo de tales bienes.

CUARTO. Respuesta a la segunda cuestión interpretativa suscitada por el auto de admisión.

1. Sostiene la sentencia recurrida, respecto del tipo de gravamen establecido en el artículo 4 y en el Anexo de Tarifas, lo siguiente:

"Desde luego, no carece de razón la recurrente cuando alega que la Ordenanza no distingue entre la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público, y es que, en efecto, una cosa es que a lo largo del informe técnico económico se haga referencia indistinta a ambos supuestos dado que no sólo regula el aprovechamiento especial derivado de las líneas eléctricas, sino -entre otros hechos imponderables- la utilización privativa del suelo público derivado de canalizaciones y tuberías en instalaciones del GRUPO GAS E HIDROCARBUROS, y otra que al establecer el tipo de gravamen la Ordenanza trate los dos supuestos por igual, sometiendo ambos al tipo anual del 5%.

Al entender de la Sala, la Ordenanza incurre en un deliberado confusionismo o tergiversación conceptual ya que, no obstante tratarse de un supuesto de aprovechamiento especial del dominio público y no de utilización privativa del mismo, sin embargo:

a) Para el cálculo de la tasa utiliza la base imponible correspondiente a la utilización privativa, ex artículo 64.1.a), es decir, "el valor del terreno y, en su caso, de las instalaciones ocupadas" -en este caso, además, el valor de las instalaciones ocupantes-, en lugar de tomar como referencia "la utilidad que reporte el aprovechamiento" a que se refiere el apartado b) del mismo precepto.

b) Consecuentemente -aunque también de modo indebido-, la Ordenanza acude al tipo de gravamen anual del 5% que es el previsto para la utilización privativa, en lugar de acudir al tipo de gravamen del 100% de la utilidad contemplado para los supuestos de aprovechamiento especial.

c) La congruencia entre el aprovechamiento que nos ocupa y el tipo de gravamen legalmente previsto habría supuesto, como decimos, la aplicación del tipo anual del 100% de la utilidad que reporte aquél, lo que, a su vez, nos pone de manifiesto que dicha utilidad únicamente puede referirse a la derivada de los propios bienes de dominio público cuyo aprovechamiento especial se cede, y no a la utilidad que con su actividad le reporta al sujeto pasivo el aprovechamiento de los mismos, pues en otro caso el tipo de gravamen (100%) sería desproporcionado por confiscatorio y carente de sentido para éste, quien, por mor de la tasa, perdería por completo la utilidad obtenida mediante el aprovechamiento.

De hecho, el artículo 61.3 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, citado en la Ordenanza como fundamento del tipo de gravamen aplicable, establece que "No se exigirá el pago de la tasa cuando la utilización privativa o

aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, persona autorizada o adjudicatario o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento comporte condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla"; y el artículo 64 que "2. Cuando en los pliegos de condiciones o clausulado de la concesión, autorización o adjudicación se impusieren determinadas obligaciones o contraprestaciones al beneficiario que minoraran la utilidad económica para el mismo, la base de la tasa habrá de ser reducida en la misma proporción, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del precepto regulador del hecho imponible de la tasa", previsión que por sí sola pone de manifiesto la diferencia conceptual entre las dos utilidades: la económica que obtiene el sujeto pasivo y que justifica la tasa; y la derivada de los bienes objeto del aprovechamiento, elemento que configura la base imponible.

d) En definitiva, la utilidad económica a obtener por el sujeto pasivo secunde a un uso más intensivo del dominio público -el transporte y distribución de energía eléctrica sometido a autorización es un uso excepcional del suelo rústico común ex artículos 57 y siguientes del RUCyL- es el presupuesto jurídico material que justifica el establecimiento de la tasa, pero no se identifica con la utilidad derivada del aprovechamiento que cede el titular de dichos bienes y que configura la base imponible de la misma. Parece claro que para soslayar la congruencia del binomio aprovechamiento especial/gravamen del 100% de la utilidad derivada del aprovechamiento que se cede, la Ordenanza acude al binomio utilización privativa/gravamen del 5% de la base imponible conformada por el valor del terreno e instalaciones ocupadas (en realidad, como decimos, instalaciones ocupantes), obviando que no nos encontramos ante esta concreta modalidad de uso del dominio público. Y

e) En consecuencia, consideramos totalmente carente de justificación la aplicación en toda su extensión del gravamen (5%) de la base imponible correspondiente a los supuestos de utilización privativa del dominio público, además sobre una presunta superficie ocupada, cuando en este caso las líneas eléctricas ni ocupan físicamente ni utilizan privativamente el suelo que sobrevuelan, siendo por otro lado muy limitada la inmisión o incidencia (aprovechamiento) sobre éste, lo que determina la anulación del artículo 4º en relación con el Anexo 1 del Cuadro de Tarifas (GRUPO I ELECTRICIDAD).

2. No parece dudoso, a la vista de su intensidad, que nos encontramos aquí ante un aprovechamiento especial del dominio público, que llevaría a cabo U..., pues la ocupación que el mismo entraña no impide el uso común de los bienes demaniales a los que afecta, extremo que ni siquiera resulta propiamente controvertido en autos.

A lo sumo, cabría admitir que el aprovechamiento que nos ocupa coincide o puede coincidir con un uso privativo de ciertos bienes del demanio cuando resulte necesario para el transporte de la energía -por ejemplo- la colocación de instalaciones fijas en el suelo o en el subsuelo (cajas de amarre, torres metálicas, transformadores u otros tipos de elementos), pero -desde luego- el transporte de energía como tal no impide, de ordinario, el uso común del demanio afectado por dicho transporte. De ahí que la propia Ordenanza defina el hecho imponible de la tasa como "la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local en el suelo, subsuelo y vuelo".

3. Ciertamente, el artículo 24.1 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales no distingue -o al menos no parece que lo haga a los efectos que nos ocupan- entre el aprovechamiento especial y el uso privativo del demanio, pues se limita a señalar lo siguiente.

"El importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) 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. A tal fin, las

ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada (...)

c) Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas".

La inexistencia de una diferenciación expresa, empero, no impide identificar una importante exigencia, que la norma citada dirige a las ordenanzas fiscales, cuando afirma, para definir "el valor de mercado de la utilidad derivada", que las mismas podrán señalar en cada caso los criterios o parámetros correspondientes "atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate".

Quiere ello decir, por tanto, que la intensidad del uso o del aprovechamiento no ha sido indiferente para el legislador, pues ha sido tenido en cuenta como posible elemento para establecer los criterios que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada que permita fijar el importe de la tasa.

4. Si acudimos al artículo 64 de 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 Público, que es el que aplicada la Sala de instancia, tenemos -bajo la rúbrica "bases y tipos de gravamen"- lo siguiente:

"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...

3. El tipo de gravamen anual será del 5 por 100 y del 100 por 100, respectivamente, sobre el valor de la base resultante en los casos previstos en las letras a) y b) del primer apartado de este artículo".

5. Es evidente que la solución que ofrece la sentencia impugnada es la que mejor se atempera a los preceptos que resultan de aplicación y es, también, la que resulta más respetuosa con la doctrina que se sigue de la sentencia de 31 de octubre de 2013, que reprochó a una Ordenanza similar su falta de motivación a la hora de justificar la cuantía de la tasa al margen completamente de la intensidad del aprovechamiento cuando -como aquí sucede- es esa intensidad la que legalmente determina el importe de la tasa.

Acierta, efectivamente, la Sala de Valladolid al impedir que la Ordenanza fije un tipo de gravamen que legalmente se corresponde con un supuesto de utilización privativa del demanio cuando nos hallamos ante un caso evidente de aprovechamiento especial (aunque puede exigir -conjunta, pero desde luego no de manera esencial- la utilización privativa de algún bien del demanio municipal).

Aun aceptando esta coincidencia -que, en todo caso, debe considerarse en el supuesto que nos ocupa no esencial o escasamente relevante en relación con el uso privativo- la Ordenanza debería haber deslindado los dos supuestos (el de utilización privativa y el del aprovechamiento especial) sobre todo cuando -como dice con

acuerdo la Sala sentenciadora- las líneas eléctricas ni ocupan físicamente, ni utilizan privativamente el suelo que sobrevuelan, además de ser muy limitada la inmisión o incidencia (aprovechamiento) sobre éste.

6. En definitiva, habría que contestar a la segunda cuestión suscitada en el auto de admisión afirmando que:

a) En los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público no cabe imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento cuando nos hallemos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y

b) La Ordenanza Fiscal -en los casos en que coincidan aprovechamiento especial y uso privativo- deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno de ellos a la hora de cuantificar la tasa conforme a la legislación vigente, especialmente teniendo en cuenta el artículo 64 de 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 Público.

QUINTO. Solución a las pretensiones suscitadas en el proceso.

Lo hasta aquí razonado conduce (i) a rechazar el criterio de la sentencia de instancia en cuanto anula la Ordenanza por entender que resulta inmotivado el informe técnico-económico por determinar el módulo básico de repercusión del suelo (MBR) y el módulo básico de construcción (MBC) por remisión a la Orden EHA/3188/2006, de 11 de octubre y a la Ponencia de Valores del municipio y (ii) a mantenerlo -desestimando en este punto el recurso de casación del ayuntamiento recurrente- y declarar conforme a Derecho la sentencia que anuló la ordenanza por fijar un tipo de gravamen anual único del 5 por 100 sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente" [...].

En el escrito de interposición, a la vista del auto y de que la cuestión del tipo de gravamen anual único sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente había sido ya resuelta en asuntos precedentes, la recurrente Red Eléctrica de España, SAU, postula la aplicación al caso de la doctrina ya reiterada, con anulación de la ordenanza en su artículo 4, que no fue apreciada por la Sala en la sentencia impugnada.

La parte recurrida nada aduce sobre el hecho de que estemos ante un uso privativo del demanio local y no ante un aprovechamiento especial, como sostiene la parte recurrente, sino que alega, como se ha expuesto, que el auto de admisión se refiere a cuestiones nuevas planteadas por primera vez en el escrito de preparación.

Esta alegación no puede ser admitida porque, como se ha señalado, la sentencia impugnada recoge en el FJ segundo, como motivos de impugnación de la Ordenanza fiscal, que el artículo 4, apartados 1 y 2, son contrarios a los artículos 24.1.a) y 25 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales porque, de un lado, (i) es desproporcionada la tasa, y ii) no corresponde la cuantía de la tasa con un supuesto aprovechamiento especial del dominio público como el que es objeto de las 16 liquidaciones.

En consecuencia, los anteriores criterios interpretativos y sus consecuencias en orden a la resolución de las pretensiones deducidas por las partes deben mantenerse en este caso, dada la sustancial identidad de las cuestiones planteadas, pues también aquí se planteó suficientemente en la apelación la cuestión de la eventual desproporción de la aplicación de un gravamen anual y único, consistente en una cantidad por metro lineal de ocupación, con impugnación del art. 4 de la Ordenanza, sin distinguir el tipo de aprovechamiento demanial -privativo o especial - efectuado por el contribuyente.

A luz de los anteriores criterios interpretativos, procede declarar haber lugar al recurso de casación y, a

continuación, estimar el recurso de apelación formulado por la entidad RED ELÉCTRICA ESPAÑOLA, S. A. U. contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en carreteras y caminos provinciales mediante edificaciones y obras, instalaciones, servidumbres y servicios, apertura de zanjas y calicatas y cualquier remoción del pavimento de dichas vías públicas, publicada en el BOP de 14 de febrero de 2013.

Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no haber mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación. Respecto de las generadas en la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, por remisión al fundamento jurídico cuarto de la sentencia nº 1659/2020, de 3 de diciembre, recurso de casación nº 3099/2019.

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en representación de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA SAU, contra la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2020 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que desestima el recurso de apelación nº 2715/2020, sentencia que se casa y anula.

Tercero. Estimar el recurso de apelación núm. 2715/2020 interpuesto por la representación procesal de la mercantil RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Almería, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 687/2017 promovido por dicha entidad contra la resolución de la Diputación Provincial de Almería de 12 de junio de 2017, que desestimó parcialmente el recurso de reposición formulado frente a 16 liquidaciones de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en carreteras y caminos provinciales mediante edificaciones y obras, instalaciones, servidumbres y servicios, apertura de zanjas y calicatas y cualquier remoción del pavimento de dichas vías públicas, correspondientes al ejercicio 2016. Anular la sentencia impugnada y, en su virtud, declarar nulo de pleno derecho el artículo 4º de la Ordenanza fiscal de la Diputación Provincial de Almería, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) de Almería el día 14 de febrero de 2013, así como las liquidaciones giradas, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Cuarto. Publíquese el fallo de esta sentencia en ese mismo boletín, de conformidad con lo establecido en los artículos 27 y 72.2 LJCA, a los fines de que la nulidad de la disposición anulada en la sentencia firme tenga conocimiento general, para sus efectos invalidatorios erga omnes.

Quinto. No hacer imposición de las costas procesales, ni de las de esta casación, ni las causadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.