



Roj: **STS 4574/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4574**

Id Cendoj: **28079130022022100463**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **02/12/2022**

Nº de Recurso: **1002/2021**

Nº de Resolución: **1609/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2603/2020,**
ATS 11588/2021,
STS 4574/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.609/2022

Fecha de sentencia: 02/12/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1002/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1002/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1609/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís



D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1002/2021, interpuesto por Red Eléctrica de España, S.A.U., representado por el procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, bajo la dirección letrada de don Manuel de Vicente-Tutor Rodríguez, contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2020 por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias ("TSJ de Asturias"), en el recurso núm. 972/2019.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Peñamellera Baja, representado por la procuradora de los Tribunales doña María Isabel Aldecoa Álvarez, bajo la dirección letrada de doña Mercedes Gonzalo Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Resolución recurrida en casación.

El presente recurso de casación se dirige contra la sentencia núm. 634/2020 de 17 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias que desestimó el recurso núm. 972/2019, interpuesto por la representación procesal de Red Eléctrica de España, S.A.U. contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Peñamellera Baja, reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos, publicada en el BOPA núm. 179, de 17 de diciembre de 2019.

SEGUNDO. - Tramitación del recurso de casación.

1.- Preparación del recurso. El procurador don Abel Javier Celemín Larroque, en representación de Red Eléctrica de España, S.A.U., mediante escrito de 29 de diciembre de 2020 preparó el recurso de casación contra la expresada sentencia de 17 de noviembre de 2020.

El TSJ de Asturias tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 18 de enero de 2021, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo y emplazó a los litigantes para que comparecieran ante la Sala Tercera.

2.- Admisión del recurso. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 22 de septiembre de 2021, en el que aprecia un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciado en estos literales términos:

"2º) 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)."

3.- Interposición del recurso (síntesis argumental de la parte recurrente en casación). El procurador don Luis Fernando Granados Bravo, en representación de Red Eléctrica de España, S.A.U., interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2021, que observa los requisitos legales.

Para fundamentar la estimación del recurso de casación y consiguiente anulación de la sentencia impugnada, argumenta, en síntesis, la infracción de los artículos 24.1.a) 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 ("TRLHL"), "BOE" núm. 59, de 9 de marzo, en relación con el art. 4 de la Ordenanza fiscal y el Anexo de Tarifas.

Expresa que la Ordenanza Fiscal no distingue entre la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público.

Además, añade que su representada no realiza una utilización privativa del dominio público, sino un aprovechamiento especial del dominio público, que, además, es de muy baja intensidad (principalmente cables que sobrevuelan), que no impide, de ordinario el uso común del demanio afectado por dicho transporte.

Concluye que estamos ante una tasa que grava un aprovechamiento especial del dominio público de muy escasa intensidad, cuya base y tipo de gravamen deben corresponder a esa realidad, tanto jurídica como física pues, de lo contrario, la aplicación del tributo dará lugar, como así cree que sucede, a una cuota tributaria anual, a una cuantía anual del gravamen, verdaderamente desproporcionada.

Y parte del supuesto de estar ante un caso de aprovechamiento especial del dominio público para argumentar que no es lícito imponer un tipo de gravamen del 5% sobre la base de la tasa, pues dicho tipo de gravamen es el propio de la modalidad de uso del dominio público consistente en la utilización privativa de aquél (artículo 64.3 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" núm. 167, de 14 de julio), el cual se aplica sobre 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 (artículo 64.1.a) Ley 25/1998).

Aclara que el artículo 64.3 Ley 25/1998 señala como tipo de gravamen el 100 por 100 de la base, es decir, el 100 por 100 de la utilidad que reporte el aprovechamiento; y cree que, de aplicarse ese tipo en plena coherencia con lo dispuesto en la citada normativa, se estaría ante un tributo de cuantía absolutamente desproporcionada y de alcance confiscatorio.

Concluye que la cuestión planteada ha sido abordada recientemente en las siguientes sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

- 3 de diciembre de 2020 (RRCA3099/2019, ECLI:ES:TS:2020:4162)
- 9 de diciembre de 2020 (RRCA 3478/2019, ECLI: ES:TS:2020:4311)
- 10 de diciembre de 2020 (RRCA 3103/2019, ECLI:ES:TS:2020:4296)
- 11 de diciembre de 2020 (RRCA 3909/2019, ECLI:ES:TS:2020:4372)
- 16 de diciembre de 2020 (RRCA 3100/2019, ECLI:ES:TS:2020:4298)
- 17 de diciembre de 2020 (RRCA/3690/2019, ECLI:ES:TS:2020:4402)
- 17 de diciembre de 2020 (RRCA/3939/2019, ECLI:ES:TS:2020:1783)
- 14 de julio de 2021 (RRCA 1058/2020, ECLI:ES:TS:2021:3571)
- 22 de septiembre de 2021 (RRCA 4965/2020, ECLI:ES:TS:2021:3571)
- 6 de octubre de 2021 (RRCA 5156/2019, ECLI:ES:TS:2021:3764)

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%, sin distinguir el tipo de aprovechamiento especial del demanio público efectuado por el contribuyente.

Entiende la recurrente que, concurriendo las mismas tachas en el presente procedimiento, 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.

4.- Oposición al recurso interpuesto (síntesis argumental de la parte recurrida en casación). La procuradora doña María Isabel Aldecoa Álvarez, en representación del Ayuntamiento de Peñamellera Baja, presentó escrito de oposición de fecha 19 de enero de 2022.

Para fundamentar la desestimación del recurso de casación, expresa, en primer término, que la parte recurrente, a raíz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun de un modo superficial, está variando el objeto de debate planteado en inicio. Apunta que, aunque en su escrito de demanda hacía mención al tipo impositivo del 5%, en ningún momento tal alegación lo era en relación a la intensidad del uso del dominio público y, mucho menos, a que no procedía fijar el mismo tipo del 5% en supuestos de utilización privativa y



los de aprovechamiento especial al ser diferente la intensidad que del uso del dominio público realizan los apoyos respecto los cables eléctricos.

Por otro lado, defiende la legalidad de la Ordenanza e informe técnico económico que la sustentan, en base a las siguientes conclusiones:

1.- La instalación eléctrica, constituye, en su conjunto, un aprovechamiento especial del dominio público, sin que convivan, en la misma, un aprovechamiento especial y una utilización privativa, por lo que es improcedente fijar dos tipos diferenciados, cuando en realidad solo concurre una modalidad de uso del dominio público local - aprovechamiento especial-.

2.- El tipo de gravamen del 5% para los supuestos de aprovechamiento especial del dominio público se justifica en el artículo 92 del RB y no en 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 ("LMTPP"), "BOE" núm. 167, de 14 de julio, habiendo quedado meridianamente clara la conformidad a **derecho** del mismo y su pleno respeto a los artículos 24 y 25 TRLHL, en cuanto, dicho tipo impositivo, en modo alguno puede tacharse de desproporcionado, habida cuenta que en todo caso es inferior al mínimo exigible para el uso de bienes patrimoniales.

3.- Dicho tipo de gravamen se ha aplicado sobre una base imponible que, al contrario de lo que interesadamente afirma REE, sí toma en consideración (como puede comprobarse en el ITE y se ha expuesto en el presente escrito), el parámetro intensidad, resultando que base imponible ha sido declarada ajustada a **derecho** en numerosas sentencias firmes dictadas por el Tribunal Supremo durante los años 2016-2019 y que constituyen un importante acervo jurisprudencial.

5.- Votación, fallo y deliberación del recurso. De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, mediante providencia de fecha 24 de enero de 2022, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de fecha 3 de octubre de 2022 se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 16 de noviembre de 2022, fecha en que comenzó su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La controversia jurídica.

Este recurso de casación suscita una cuestión que ya hemos analizado en sucesivas ocasiones, la relativa a si resulta posible fijar un tipo de gravamen anual único del 5%, sin distinguir el tipo de utilización del demanio efectuado por el contribuyente, de manera que para la ordenanza resulte indiferente un aprovechamiento especial de bienes del dominio público frente a su utilización privativa.

Si bien el Ayuntamiento de Peñamellera Baja, opone que la entidad recurrente varía el objeto del debate planteado en la instancia, explícitamente reconoce que -aquella-, se refería en su demanda al tipo impositivo del 5%, circunstancia que, unida a la argumentación contenida en la sentencia impugnada, justifica que nos remitamos a nuestros previos pronunciamientos, en particular, a la sentencia núm. 1659/2020, de 3 de diciembre, dictada en el recurso de casación núm. 3099/2019, ECLI:ES :TS:2020:4162.

SEGUNDO. - Fijación de doctrina y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

Por exigencias de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, reiteraremos los razonamientos y la conclusión que se extrajo en la citada sentencia 1659/2020, de 3 de diciembre y, dado que no se hacen alegaciones novedosas con sustancia suficiente para replantearnos lo ya sentenciado, baste en la presente sentencia dar por reproducido lo dicho en aquella y en razón a la deseable brevedad, resulta adecuado limitarnos a resumir lo expuesto en aquella ocasión.

Dijimos en la sentencia que nos sirve de referencia que:

"No parece dudoso, a la vista de su intensidad, que nos encontramos aquí ante un aprovechamiento especial del dominio público, que llevaría a cabo UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, 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".

Por lo que en base a la legislación aplicable, y siguiendo el parecer que ya manifestamos en nuestra 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 ". La doctrina correcta es entender 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". Esta doctrina proyectada al caso que nos ocupa conlleva que se deba acoger la pretensión de la parte recurrente anulando 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."

A luz de los anteriores criterios interpretativos, procede alcanzar en este recurso la misma conclusión e idéntico fallo que en la sentencia 1659/2020, de 3 de diciembre, dictada en el recurso de casación 3099/2019, así como en las demás que mantienen su mismo criterio, reforzándolo, consistente en rechazar el criterio de la sentencia de instancia en cuanto que, con relación al artículo 4 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Peñamellera Baja, avala un tipo de gravamen anual único del 5 por 100, sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente.

TERCERO. - Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación. Y respecto de las causadas en la instancia, cada parte abonará las causadas a su instancia 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

1.- Fijar los criterios interpretativos sentados en el fundamento jurídico segundo, por remisión a nuestra sentencia 1659/2020, de 3 de diciembre, dictada en el recurso de casación 3099/2019, ECLI:ES: TS:2020:4162.

2.- Haber lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de Red Eléctrica de España, S.A.U., contra la sentencia núm. 634/2020 de 17 de noviembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso núm. 972/2019, sentencia que se casa y anula.

3.- Estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 972/2019 interpuesto por la representación procesal de Red Eléctrica de España, S.A.U., contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Peñamellera Baja, reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos, publicada en el BOPA núm. 179, de 17 de diciembre de 2019 y, en su virtud, declarar la nulidad de pleno **derecho** del artículo 4 de la Ordenanza impugnada, con relación al "Anexo de Tarifas", por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, al fijar un tipo de gravamen anual único del 5 por 100, sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente.

4.- 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.