



Roj: **STS 5184/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5184**

Id Cendoj: **28079130022014100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **18/12/2014**

Nº de Recurso: **2884/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL MARTIN TIMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7095/2012,**
STS 5184/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. que figuran al margen, el presente recurso de casación, número 2884/2012, interpuesto por D. Jacinto Gómez Simón, Procurador de los Tribunales, en nombre de **RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de junio de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 417/2011, respecto de la Ordenanza del **Ayuntamiento de MASQUEFA (Barcelona)**, reguladora de la Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresa transportista de energía eléctrica, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 30 de diciembre de 2010.

Ha comparecido, y se ha opuesto al recurso de casación la parte recurrida, **Ayuntamiento de MASQUEFA**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, de 15 de junio de 2012, desestimó el recurso contencioso-administrativo, número 417/2011, interpuesto por la representación procesal de RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, REE) contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresa transportista de energía eléctrica, del AYUNTAMIENTO DE MASQUEFA, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 30 de diciembre de 2010.

SEGUNDO .- No conformándose con la sentencia dictada, la representación procesal de REE, preparó recurso de casación contra la misma y una vez tenido por preparado, lo interpuso por medio de escrito presentado en 26 de septiembre de 2012, en el que solicita su anulación y tras ella, la de los Acuerdos del Pleno del AYUNTAMIENTO DE MASQUEFA, de 21 de octubre y 16 de diciembre de 2010, de aprobación provisional y definitiva, respectivamente, de la Ordenanza Fiscal número 37, reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de la empresa transportista de energía eléctrica. Subsidiariamente, se solicita la anulación de los artículos 1,2, 3, 4, 5 y 6, en los términos solicitados en el recurso contencioso administrativo y más subsidiariamente, la anulación de los artículos 4 y 6 de la Ordenanza, éste último en relación con la disposición final de la misma y para el ejercicio 2011; finalmente, y también de forma subsidiaria, se solicita la anulación del artículo 4 de la Ordenanza.

TERCERO .- Habiéndose señalado para deliberación y votación la audiencia del día diecisiete de diciembre de dos mil catorce, en dicha fecha tuvo lugar referida actuación procesal.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de REE se articula con la formulación de seis motivos, todos ellos por el cauce del artículo 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción .

En el **primero** de ellos, se imputa a la sentencia infracción de los artículos 4.1 y 3 , 11.2 , 16.2 y 35.5 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

En el **segundo** motivo se achaca la infracción del inciso final del apartado 7 del artículo 11 y la letra a) del apartado 2 del artículo 23, de la Directiva 2003/54/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 , por la que se derogada la Directiva 96/92/CE (Directiva 2003) y el inciso final del apartado 7 del artículo 15 y a letra a) del apartado 6 del artículo 36 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes en el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (Directiva 2009).

En el **tercer** motivo, se alega infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 26 de la Ley de Haciendas Locales , en cuanto a la regulación del elemento temporal de la tasa.

En el **cuarto** motivo, se impugna la sentencia por infracción de los artículos 14 , 31.1 y 3 y 131.1 y 2 de la Constitución , así como los artículos 3.1 y 8 de la Ley General Tributaria , por la ordenación de la tasa "intuitu personae".

El **quinto** motivo sirve para denunciar la infracción de los artículos 24.1.a) y 25 de la Ley de Haciendas Locales , por considerar contraria al ordenamiento jurídico la regulación de los elementos cuantitativos de la tasa.

En fin, en el **sexto** motivo se alega infracción de los artículos 9.3 , 31.1 de la Constitución y 3.1 y 2 de la Ley General Tributaria .

SEGUNDO .- En los dos primeros motivos de casación, REE insiste, como ya hiciera en la instancia, en el argumento de que la Ordenanza fiscal discutida choca frontalmente con el régimen jurídico de la actividad de transporte de la energía eléctrica, según se disciplina en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y en la Directiva 2003/54/CE, sustituida más tarde por la Directiva 2009/72/CE. No cuestiona, por tanto, la facultad in abstracto de la Administración local para el establecimiento de una tasa como la que nos ocupa, sino el desconocimiento al hacerlo de los límites que le impone la ordenación sectorial del transporte de la energía eléctrica.

Pues bien, la imposición de una tasa por el aprovechamiento especial del dominio público municipal a favor de la empresa transportista de energía eléctrica debe hacerse de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 133.2 de la Constitución Española), previsión de la Carta Magna de la que se obtiene que los municipios al establecerla han de respetar tanto el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, como la legislación sectorial sobre el transporte de la energía eléctrica, ya sea la estatal, encarnada en la Ley 54/1997, ya la europea, constituida por las Directivas 2003/54/CE y 2009/72/CE.

Y ya de entrada, se ha de subrayar que, como con tino señala la sentencia impugnada, en el cuarto de sus Fundamentos Jurídicos, la tasa controvertida *"no recae sobre la actividad eléctrica en sí misma considerada, sino en la ocupación del dominio público local. Ciertamente es que la imposición de un gravamen de esta naturaleza proyecta unos efectos económicos sobre quien desarrolla una actividad empresarial por cuanto supone una disminución de facto del beneficio en términos absolutos. Ahora bien, esta circunstancia no puede fundamentar por sí sola la ilegalidad de la tasa porque su fundamento se alberga en el artículo 133 de la Constitución al tratarse de un tributo local, anclaje jurídico que no cabe preterir; además, de prosperar la tesis de la actora, debería de cuestionarse, incluso, la constitucionalidad del artículo 20 TRLHL."*

Por lo tanto, podemos concluir, que el Ayuntamiento recurrido al implantar la tasa controvertida no se ha introducido en campo ajeno.

Llegados a esta primera conclusión, debemos sin embargo indagar si pese a ser así, al exigir una exacción como la analizada ha rebasado aquellos límites, desconociendo determinaciones del régimen jurídico propio del transporte de la energía eléctrica.

En lo que se refiere a los condicionamientos que pudieran derivarse del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, vaya por delante que, según subraya la sentencia impugnada, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores armonizados, como el de las telecomunicaciones, en el ámbito del transporte de la energía eléctrica la ordenación comunitaria no contiene disposiciones que acoten directamente la potestad tributaria



de los Estados miembros, debiendo subrayarse que allí donde el legislador de la Unión ha decidido limitarla contempla la posibilidad de imponer tasas como la aquí cuestionada [véase el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización) -DOUE serie L, núm. 108, p. 21- y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (asuntos C-55/11, C-57/11 y C-58/11)].

Las Directivas 2003/54/CE y 2009/72/CE, se limitan a configurar normas generales del sector eléctrico en el ámbito de la Unión Europea, con el designio de conseguir un mercado competitivo, seguro, sostenible y no discriminatorio. Así se deduce de su preámbulo y de su articulado, y así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión, en dos sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Bélgica y Comisión/Suecia (asuntos C-474/08 y C-274/08, respectivamente), interpretando las referidas normas comunitarias. Desde luego no es su objetivo establecer un régimen fiscal de la energía. Mediante la exigencia de fijación previa de las tarifas de transporte y distribución y el diseño de una metodología compartida para el cálculo de las tarifas, exigiendo que sean objetivas, transparentes, no discriminatorias y que reflejen los costes (artículos 11.7 de la Directiva de 2003 y 15.7 de la Directiva de 2009), se aspira a hacer factible la libre competencia en condiciones de igualdad en ese mercado, evitando las incertidumbres y permitiendo a los operadores realizar las inversiones necesarias para garantizar la viabilidad de las redes (apartado 37 de la sentencia Comisión/Suecia). Nada más y nada menos.

Siendo tales las previsiones europeas, la compañía recurrente no justifica por qué la tasa, aún impuesta en unos municipios y en otros no, debido a su carácter potestativo, y pudiendo ser cuantificada de manera individualizada y diferente por cada ente local, siendo susceptible de continuas alteraciones, resulta incompatible con ellas. Nada hay en el litigio que apoye la tesis de la recurrente, máxime si se tiene en cuenta que la normativa comunitaria no exige una previa determinación de las tarifas de transporte y de distribución; tampoco el establecimiento de una fórmula en la que intervengan un conjunto de parámetros que conduzcan al cálculo concreto y directo de las mismas, sólo demanda la fijación por la autoridad nacional reguladora de una metodología suficiente para que los operadores puedan prever aproximadamente su montante (apartado 39 de la sentencia Comisión/Suecia).

En conclusión, en el ámbito en el que ahora nos movemos, no existe armonización comunitaria que impida el establecimiento de una tasa como la controvertida, limitándose la normativa compartida a exigir esa previsibilidad, mediante un sistema de cálculo objetivo, transparente, no discriminatorio y que refleje los costes. Desde la perspectiva examinada, ninguna duda alberga esta Sala sobre la adecuación de la tasa controvertida al derecho de la Unión, resultando innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial que se nos sugiere.

Ya hemos dicho que la repetida tasa no grava directamente la actividad de transporte de energía eléctrica, pero se ha de reconocer, no obstante, que su exacción reducirá indudablemente el margen de beneficio de REE, por lo que cabría tener en cuenta la carga que comporta a la hora de determinar la retribución a percibir por la misma, considerándola como un "coste" de esa actividad. Aun así, eso es, incluso admitiendo la necesidad de que la tasa controvertida debiera ser tomada en consideración para fijar la retribución del transporte de energía eléctrica, las dificultades susceptibles de derivarse de esa tarea no determinan la ilegalidad de la ordenanza fiscal que la regula, ni por tal causa se vulneran, como acabamos de indicar, los artículos 11.7 de la Directiva de 2003 y 15.7 de la Directiva de 2009, en cuanto demandan que las condiciones, incluidas las normas y las tarifas, aplicables por los gestores de red de transportes para la prestación de los servicios propios de tal actividad se fijen según una metodología que refleje los costes.

Y por el mismo orden de razones, tampoco contraviene los dictados de los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1977. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 168/2004 (recurso de inconstitucionalidad 2726/1997), ha declarado la compatibilidad con el régimen de planificación y diversificación energética establecido en la mencionada ley de determinadas disposiciones tributarias contenidas en la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña (BOE de 1 de julio), que gravan elementos patrimoniales afectos a actividades de riesgo, y lo ha hecho con razonamientos (véase su FJ 11º) que apuntalan también la legalidad de la tasa analizada.

Es indudable que el carácter planificado del transporte de energía eléctrica y la condición de regulado de su régimen retributivo no serán fáciles de compatibilizar con las peculiares características de una tasa como la combatida -que puede llegar a afectar a más de ocho mil municipios, siendo su establecimiento, como ya hemos apuntado, potestativo para los mismos; pudiendo variar el régimen de cuantificación de uno a otro, y estando sujeto su establecimiento y regulación a constantes alteraciones, que deben ser publicadas todas ellas en el boletín oficial correspondiente, debiendo manejarse en tal tesitura unos cincuenta periódicos oficiales-, pero en tanto no se demuestre imposible, de las dificultades de compatibilización no derivan las vulneraciones de la legislación estatal -ni europea, como se ha visto- denunciadas por REE.



Por tanto, aunque se asuma que la tasa combatida forme parte del "coste" de la actividad de transporte de energía eléctrica y que, por ende, deba ser tenida en cuenta a la hora de fijar la retribución de esta actividad, como defiende REE, su existencia no lleva aparejada sin más las infracciones denunciadas, porque tales contravenciones se producirían por las normas reguladoras de las retribuciones a percibir como contraprestación de la actividad de transporte de energía eléctrica, si no tuvieran en cuenta la existencia de este tributo, pero de ningún modo por las normas reguladoras del mismo.

En realidad, el debate que suscita REE resulta artificial. Por un lado porque, como ya hemos apuntado, no resulta cuestionable que los municipios pueden, en el legítimo ejercicio de sus potestades, establecer una exacción como la que nos ocupa. Por otro, porque dentro de la ordenación del sector eléctrico la actividad regulada del transporte de energía impone la necesidad de diseñar mecanismos que permitan recuperar los costes de la actividad y asegurar una razonable rentabilidad a los operadores, siendo el propio legislador estatal (artículo 17.3 de la Ley 54/1997, Tarifas eléctricas) el que, en previsión de que las exacciones de las Comunidades Autónomas y de los entes locales pudieran incidir en el régimen económico planificado, permitió introducir un suplemento territorial, que en todo caso debería limitarse a compensar el coste provocado por esas exacciones, previsión esta última que fue modificada mediante la Ley 17/2007, de 4 de julio (BOE de 5 de julio), resultando incorporado el suplemento territorial tanto a los «Peajes de acceso a las redes» (artículo 17.4 de la Ley 54/1997) como a las «Tarifas del último recurso (artículo 18.5 de la Ley 54/1997) .

REE defiende, subsidiariamente, la inclusión de la tasa cuestionada dentro de ese "suplemento territorial" del peaje de acceso y de la tarifa de último recurso, conforme a lo dispuesto en los artículos 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997 , al no caberle duda de que sería un tributo de los que activaría ese suplemento territorial, tanto en la redacción de los preceptos examinada por la sentencia de instancia, como en la que le ha dado el Real Decreto ley 20/2012. Aduce que la aplicación de este mecanismo requiere, aun en el marco de su nueva ordenación, de un cierto desarrollo reglamentario, como defendió en la instancia a la vista de la regulación anterior, siendo buena prueba de ello, dice, la Disposición Adicional Decimoquinta del Real Decreto ley 20/2012 , en la que se alude indistintamente a los tributos autonómicos y locales.

Pues bien, ciertamente no cabe negar a priori que la tasa cuestionada pudiera ser uno de los tributos locales que activasen el "suplemento territorial", particularmente en la redacción actual de esos preceptos legales, pero falta un desarrollo reglamentario de ese mecanismo que no incumbe a los municipios y, sobretudo, se trata de una cuestión ajena a este pleito, porque las infracciones de los preceptos estatales y europeos denunciadas por REE cabrían, en tal caso, imputárselas a la regulación de ese suplemento territorial, pero de ningún modo a la ordenanza fiscal reguladora del tributo examinado.

Fuera también del objeto litigioso se halla la conformidad o no con el derecho comunitario de la propia existencia de ese "suplemento territorial", al no haberse acreditado siquiera su activación efectiva por mor de la tasa aquí cuestionada.

Finalmente, ninguna relevancia alcanza tampoco, a estos efectos, que la cuantía de la tasa se haga depender en el artículo 4 de la Ordenanza fiscal combatida de los ingresos medios obtenidos por REE, por kilómetro de línea de alta y media tensión que ocupen el dominio público municipal (parámetro «IMN/KM»), porque, devengándose el 1 de enero de cada ejercicio, conforme establece el artículo 5.2 de la Ordenanza fiscal, es evidente que dicho parámetro, que determina la cuantía de la tasa, no puede ser calculado con los datos de ese mismo ejercicio, debiendo obtenerse con los de los anteriores. Y, siendo esto así, tampoco el régimen de cuantificación previsto para la misma impide "per se" tener en cuenta su existencia e importe para determinar las tarifas y la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.

Las reflexiones que preceden justifican la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

TERCERO. - El artículo 5 de la Ordenanza impugnada se refiere al período impositivo (anual) y al devengo (1 de enero de cada año) de la tasa.

Frente a ello, en el Fundamento de Derecho Noveno del escrito de demanda, la hoy recurrente sostuvo que el artículo 5 de la referencia era contrario al ordenamiento jurídico, en la medida en que el devengo de la tasa debía ser instantáneo, por lo que habiéndose producido la instalación con anterioridad a la aprobación de la Ordenanza, ésta suponía un supuesto de retroactividad auténtica, contrario al artículo 9.3 de la Constitución .

Y frente a la argumentación del Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia, rechazando la tesis de la demanda, la parte recurrente denuncia en su tercer motivo de casación, la vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución y 26 del Real Decreto Legislativo 2/2004 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, a cuyo efecto se insiste en que el devengo de la tasa es instantáneo, con ocasión de la ocupación del dominio público, por lo que la aprobación de la Ordenanza supone un caso de retroactividad prohibida por el precepto constitucional.



Opone la parte recurrida a este tercer motivo que la sentencia es concluyente y demoledora, porque señala que el devengo de la tasa no es instantáneo sino periódico, al ser permanente la utilización real o potencial de las instalaciones de la red de transporte de energía eléctrica ubicadas en dominio público. Y en cuanto a la supuesta retroactividad, adiciona a los anteriores razonamientos, que por sí mismos la excluirían, el que no se da tal retroactividad porque no se grava la primera instalación de línea, sino el aprovechamiento anual del dominio público en la línea instalada anteriormente.

Pues bien, dando respuesta a este motivo, comenzamos por señalar que el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), dispone que las tasas podrán devengarse, según la naturaleza de su hecho imponible y conforme determine la respectiva Ordenanza fiscal. Y dado que la parte recurrente afirma que estamos ante una tasa de devengo instantáneo en el momento de la ocupación del bien de dominio público y que, por ello, en el caso presente se está aplicando retroactivamente a situaciones pasadas, la polémica gira en torno a la naturaleza que es predicable del hecho imponible y de las características que individualizan e identifican al mismo.

El artículo 20 del TRLRHL, al referirse a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, previene que *"las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local"*, por lo que resulta patente que la exacción del tributo en este caso exige que se trate de un aprovechamiento especial o privativo, que su uso sea legítimo y que los bienes sean de dominio público local.

Y dado que el gravamen tiene su origen en el aprovechamiento, especial o privativo, de los bienes de dominio público, debemos recordar que según el artículo 132 de la Constitución *"la Ley regulará el régimen de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación"*, derivando de ello la consecuencia de que los bienes de dominio público por su naturaleza son inexpropiables.

Siendo ello así las previsiones normativas contenidas en la Ley 54/1997, del Sector eléctrico y en el Real Decreto 1955/2000, sobre expropiaciones y servidumbres, y la lectura e interpretación de las mismas no cabe más que hacerla partiendo del presupuesto indicado de que los bienes de dominio público son inexpropiables, sin que sea posible someterlos a gravamen mediante una servidumbre de paso para su uso común especial o privativo. Por ello, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, dispone que el uso común especial de esta clase de bienes requiere licencia (artículo 77.1), mientras que el uso privativo se subordina a la previa obtención de concesión administrativa. Y por ello también, el artículo 54 de la Ley 54/1997, que concreta los efectos de la declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa, señala que *"Igualmente, llevará implícita la autorización para el establecimiento o paso de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública"*. (En el mismo sentido, artículo 149 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica).

Dicho lo anterior, decae la argumentación de la parte recurrente en cuanto asimila el régimen al que vienen sometido los bienes de dominio público, respecto a su uso o aprovechamiento, al régimen expropiatorio, considerando erróneamente que, una vez obtenida la declaración de utilidad pública, son susceptibles de expropiación mediante la imposición y ejercicio de una servidumbre de paso y la consiguiente necesidad de ocupación urgente de los terrenos públicos. Técnicamente, desde la perspectiva del instituto de la expropiación, si los bienes de dominio público no son susceptibles de expropiación, no puede predicarse su ocupación, por lo que en modo alguno cabe situar el devengo en el momento de un hecho jurídico inexistente (la ocupación expropiatoria), ni claro está, puede mantenerse que el devengo se produzca de forma instantánea y única y que ello de lugar en el presente caso a una retroactividad constitucionalmente prohibida por aplicar la tasa a situaciones pasadas.

La declaración de utilidad pública respecto de los bienes de dominio público determina en exclusividad la autorización para su uso privativo o aprovechamiento especial; obtenida la autorización el uso efectivo de dichos bienes para el transporte de la electricidad, conlleva una mayor intensidad de dichos bienes y/o la concurrencia de circunstancias de peligrosidad, que habilita a la imposición de la tasa que nos ocupa, cuya naturaleza, obviamente, difiere, conceptual y materialmente, de la contraprestación indemnizatoria como garantía expropiatoria a favor de los particulares que ven gravados sus inmuebles.



Dentro del legítimo ejercicio de la autonomía que les reconoce la Constitución, las entidades locales "podrán" establecer en el momento que consideren pertinente la exacción por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público anteriores a dicho establecimiento, pero cuando dicha circunstancia se produzca no existirá retroactividad, en tanto que el hecho gravado no es la autorización que se deriva de la declaración de utilidad, sino el uso del dominio público, en este caso para el ejercicio de la actividad de transporte de energía eléctrica, que es un uso si no de vocación permanente, si indefinida, que dota de la lógica legal suficiente el que se exija una tasa de devengo periódico, lo cual no está reñido en que dentro de la legítima opción que compete al Ayuntamiento, éste pudiera establecer un canon de pago único.

La conclusión que se alcanza no puede ser otra que la de que el artículo 5 de la Ordenanza impugnada, que configura una tasa de devengo periódico, no incurre en retroactividad y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO .- En el Fundamento de Derecho Quinto, la sentencia rechaza la alegación de que la Ordenanza contenga una regulación del tributo "intuitu personae" y frente a ello, en el cuarto motivo de casación, la entidad recurrente insiste en dicho carácter, lo que a su juicio lleva aparejado la infracción del principio de generalidad, así como del de igualdad, por la posible intervención de otras empresas en la actividad de transporte. Por ello, en el motivo se invoca la contravención de los artículos 14 , 31.1 y 3 y 133.1 y 2 de la Constitución y artículos 3.1 y 8 de la Ley General Tributaria de 1963 .

Parte REE de la reiterada alusión que la Ordenanza hace a ella misma, al regular los distintos elementos del tributo y de la explicación dada por la sentencia en torno al establecimiento por la ley de un régimen de transportista único, y reprocha a la misma que, consciente de la debilidad del argumento utilizado, acuda a otro más débil si cabe, al indicar que si se alterara la situación de titularidad única de aquella, la regulación se adaptaría automáticamente a la nueva situación, en aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ordenanza (" *Los preceptos de esta Ordenanza fiscal que, por razones sistemáticas reproduzcan aspectos de la legislación vigente y otras normas de desarrollo, y aquellos en que se hagan remisiones a preceptos de ésta, se entenderá que son automáticamente modificados y/o sustituidos, en el momento en que se produzca la modificación de los preceptos legales y reglamentarios de que traen causa*"), no admitiendo que si surgiera otra empresa titular del transporte de energía eléctrica sería necesaria una modificación expresa de aquella, pues todo lo relativo a elementos esenciales del tributo, como sujeto pasivo, cuantía y gestión, está regulado en atención a REE, de tal forma que de hacerse efectiva la posibilidad de otra empresa de transporte, no podría serle aplicada de forma directa la disposición actualmente vigente.

Critica igualmente la recurrente, la forma en que la sentencia rechaza que no exista infracción del principio de generalidad, ante el hecho de que determinadas empresas distribuidoras de una zona, lleven a cabo actividad de transporte de hasta 220 kV de tensión en esa zona (el artículo 35.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , en la redacción de la Ley 17/2007, de 4 de julio, dispone que " ... se habilita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para autorizar expresa e individualizadamente, previa consulta con la Comisión Nacional de Energía y la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de hasta 220 kV de tensión, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine"), aduciendo que el carácter residual de la actividad o la mayor o menor intensidad de la misma, no puede justificar la exclusión de la tasa.

Por su parte, la representación del AYUNTAMIENTO DE MASQUEFA, opone que resulta evidente de la propia regulación de la Ordenanza que ésta no grava la actividad de la actora, sino el aprovechamiento especial del dominio público por la actividad de transporte de energía eléctrica, por parte de quien la realice, lo que supone una regulación genérica, estando justificada las alusiones de la Ordenanza a la entidad recurrente, en la medida en que, de un lado, existe una situación de monopolio, y, de otro, consta que todas las instalaciones para el transporte de energía eléctrica existentes en el municipio de la imposición, pertenecen a aquella. Este razonamiento sirve igualmente para negar la infracción de los principios de generalidad e igualdad.

Expuestos los términos de la controversia, la resolución de este cuarto motivo exige partir de que, como se dijo en la Sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1986 , "la generalidad , como principio de la ordenación de los tributos, al cual se refiere el artículo 3.º de la Ley 230/1963, aun cuando omitido en el 31 de la Constitución , no significa que cada figura impositiva haya de afectar a todos los ciudadanos. Tal generalidad, característica también del concepto de Ley, es compatible con la regulación de un sector o de grupos compuestos de personas en idéntica situación. Sus notas son la abstracción y la impersonalidad; su opuesto la alusión «Intuitu personae», la acepción de personas. La generalidad, pues, se encuentra más cerca del principio de igualdad y rechaza en consecuencia cualquier discriminación, según expresa el artículo 14 de la Constitución " . Por su parte, en la Sentencia de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación 5082/2005), se dijo también que "la Ordenanza es necesariamente una disposición general y abstracta que no puede contener una regulación "intuitu personae" (F.J Quinto).



Pues bien, en el caso que nos ocupa, los artículos 1, 2 y 3.1 de la Ordenanza del AYUNTAMIENTO DE MASQUEFA, tienen las notas de abstracción e impersonalidad propias de una disposición general, tal como reconoce la sentencia recurrida y lo mismo ocurre con los apartados 1 y 3 del artículo 7, el artículo 8 y la Disposición Adicional Segunda.

Sin embargo, preciso es reconocerlo, no sucede lo mismo con los artículos 3.2, 5, 6 y 7.2 y Disposición Adicional Primera, preceptos todos ellos en los que existe una mención específica a REE.

Ahora bien, el artículo 3.2 carece de contenido imperativo, limitándose a enunciar una situación de monopolio natural en la que la actividad de transporte está asignada a REE y a partir de ello la Ordenanza regula la cuantificación y gestión de la tasa, dando por sentado que el único destinatario es dicha entidad. Por eso, el artículo 4, no presenta un carácter abstracto con respecto a la base, al fijarla en función de los ingresos medios obtenidos por REE, por Km. de línea de alta y media tensión, determinando un importe de 36.320 euros para 2011; por su parte, el artículo 5, referido al período impositivo y devengo de la tasa, tiene un contenido abstracto y general en sus apartados 1 y 3, pero no en el 2, como tampoco lo tienen los artículos 6, 7.2 y la Disposición Adicional Primera.

Con todo, resulta innegable que de los preceptos a que acabamos de referirnos, se deriva la imposibilidad de entender que si cualquier otra empresa llegase a utilizar el dominio público local para ejercer la actividad de transporte de energía eléctrica, en el término municipal de MASQUEFA, bastaría el juego de la de Disposición Adicional Segunda para exigirle la tasa discutida.

Por ello, el planteamiento que debemos hacernos es el de, si teniendo en cuenta el carácter reglamentario de la Ordenanza (artículo 106.1 y 2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local), podía llevar a cabo una regulación de la tasa como la efectuada, al conocerse que no existía en el municipio de MASQUEFA otra empresa, distinta de REE, que fuera titular de la actividad de transporte.

Y la respuesta debe ser necesariamente positiva porque la Ordenanza, para cumplir con el principio de generalidad, ha de contemplar la situación fáctica actual y no la potencial, y como tal incierta, por lo que si no existe en término municipal otra empresa de transporte de energía eléctrica (tal como aparece reconocido en autos por la parte recurrida), el referido principio queda cumplido, sin perjuicio que un cambio de normativa o situación con la aparición de cualquier otra empresa de transporte, diera paso a una situación en la que entonces, pero solo entonces, se produciría una vulneración del principio de generalidad y del de igualdad, de no llevarse a cabo una modificación de la Ordenanza. Y a la misma conclusión ha de llegarse en relación con la mera posibilidad, prevista en el artículo 35.2 de la Ley del Sector Eléctrico , de que determinadas instalaciones de hasta 220 kV de tensión, por sus características y funciones, sean titularidad de la empresa distribuidora de la zona que se determine, dando lugar a una actividad de transporte llevada a cabo por aquella que, según la sentencia está "ausente en el municipio de que se trata" (Fundamento de Derecho Quinto, último párrafo), sin que sea necesario por ello, acudir al carácter residual en tal caso de la actividad de transporte, a las dificultades de gestión de la tasa o a la posible sujeción a otra tasa distinta. Por lo expuesto, el motivo se desestima.

QUINTO .- A continuación damos respuesta al quinto de los motivos formulados, en el que, como anunciamos en el Fundamento de Derecho Primero, se alega infracción por la sentencia de los artículos 24.1.a) y 25 del TRLHL.

1. - En efecto, según REE, la sentencia impugnada infringe los artículos 24.1.a) del TRLHL ("*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*"), y 25 del TRLHL ("*los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente.*").

Precisemos que la Ordenanza Fiscal contiene las siguientes previsiones normativas:

"Artículo 4º Base imponible y cuota tributaria

Para determinar la cuantía de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por parte de la empresa transportista de energía eléctrica, se aplicarán las fórmulas siguientes de cálculo:

a) Base imponible



La base imponible, deducida de la estimación de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por la actividad de transporte de energía eléctrica, se calcula:

$$BI = IMN/Km \times KLM$$

Siendo:

IMN/KM = Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión. Su importe para el 2011 es de 36.320 euros.

KLM = Número de kilómetros, con dos decimales, de líneas de alta y media tensión aptas para el transporte de energía eléctrica que ocupen el dominio público municipal.

b) Cuota tributaria

La cuota tributaria se determina aplicando el 3% a la base imponible".

Para la recurrente el importe de la tasa debe cuantificarse con referencia al valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial de los bienes de dominio público del municipio de la imposición que lleva a cabo mediante las instalaciones de transporte de energía eléctrica de su titularidad, esto es, si los bienes fueran patrimoniales o de propiedad privada; debiendo acompañarse un informe técnico-económico que ponga de manifiesto el valor de la utilidad derivada de que se trata.

Sostiene, en suma, que la circunstancia de que la Ordenanza fiscal no señale como criterio o parámetro para determinar el valor de la utilidad derivada uno análogo al que rige para determinar la retribución a percibir por el propietario privado, entraña una evidente infracción del artículo 24.1.a) del TRLHL, especialmente de su inciso final, por lo que el artículo 4º de dicha Ordenanza fiscal debe reputarse nulo de pleno derecho.

Junto a lo anterior, también discrepa la parte recurrente de los términos en los que se pronuncia la Sala de instancia respecto al parámetro constituido por los ingresos medios de REE por kilómetro de línea de transporte de energía eléctrica, que estima no es el más significativo para estimar el valor de mercado de la utilidad derivada de la ocupación del suelo con instalaciones necesarias para desarrollar esa actividad, porque aquellos forman parte de sus ingresos totales, atribuibles no sólo a las líneas de transporte sino también a las restantes instalaciones, como por ejemplo a las subestaciones, cuyo peso relativo es en el contexto de sus ingresos mayor que el de las líneas. Sostiene que este extremo quedó demostrado en la fase probatoria por medio del informe pericial aportado, según el cual de sus ingresos totales corresponden a líneas el 9%, mientras que a las subestaciones el 22%.

Por otra parte introduce también en este motivo su queja en relación al tipo de gravamen del 3%, parámetro que entiende busca asemejar el régimen de cuantificación de la tasa combatida al régimen especial de cuantificación de tasas previsto en la letra c) del artículo 24.1 del TRLHL, que no es de aplicación al transporte de energía eléctrica, sometiendo así a un gravamen anual porcentual los ingresos de REE, que desvirtúa por completo la naturaleza del régimen de cuantificación aplicable al caso, que es el regulado en la letra a) del citado artículo 24.1.

2.- La parte recurrida opone que la mención que hace la recurrente en su alegato a la diferencia entre los ingresos del sector de transporte de energía eléctrica y los de ella misma carece de trascendencia, porque los cálculos empleados son genéricos; que la aparatosidad de las instalaciones de transporte de energía eléctrica sí tiene que ver con el uso del demanio municipal, porque la instalación de una torre de alta tensión y de un tendido de una amplitud considerable y con unas servidumbres importantes determina un uso de mayor intensidad del dominio público que el simple establecimiento de un poste y un cable, no sólo por su extensión sino también por las consecuencias que tienen en el aprovechamiento para el dominio público y el impedimento de la realización de cualquier otra actividad en el mismo paraje; que lo mismo cabe decir respecto al nivel de aprovechamiento del dominio público por el transportista en relación con otras actividades eléctricas; que ni el informe técnico-económico ni la sentencia impugnada dicen, en absoluto, que la tasa deba establecerse con carácter obligatorio; que las alusiones a los criterios de impacto ambiental y potencial riesgo de las instalaciones son simplemente elementos que contribuyen a poner de relieve la particular intensidad del uso del demanio; que no puede tenerse en cuenta un régimen especial indemnizatorio establecido para las propiedades privadas, porque, como dice la sentencia impugnada, el criterio del artículo 24.1.a) del TRLHL es el valor de mercado, y por ello el criterio de contraste respeta el ordenamiento jurídico, sin que la argumentación de la recurrente empañe esa tesis; que el valor de mercado de la utilidad es el límite cuantitativo máximo de esta clase de tasas por el aprovechamiento especial del demanio municipal, por lo que nada impide que la carga sea inferior, habiéndose respetado aquí dicho límite escrupulosamente, aunque se utilicen datos de 2008; que si se tomaron en cuenta en 2008 los ingresos del sector en su conjunto, en vez de los específicos de REE, fue porque entonces ésta estaba en proceso de adquisición de la totalidad de las líneas de transporte



de energía eléctrica, para culminar en 2011 el establecimiento del monopolio legal previsto, de manera que en el momento de aplicarse la tasa prácticamente todos los ingresos del sector le corresponderían a ella, por lo que habría sido erróneo y engañoso haber adoptado el cálculo sólo de los ingresos de REE en 2008; que olvida que la sentencia de instancia manifiesta que el criterio de referencia es el valor de mercado, no un régimen indemnizatorio especial para las instalaciones eléctricas en terrenos de los particulares, y que su informe pericial no fue objeto ni de ratificación ni de contradicción, por lo que ni tan siquiera puede ser tenido en cuenta, tratándose, por otra parte, de un aspecto probatorio excluido de casación, y que la consideración de que el tipo de gravamen del 3% previsto para la tasa discutida infringe el artículo 24.1.a) del TRLHL, tesis reiteradamente sustentada por REE, no se convierte en más cierta por repetirla hasta la saciedad, si los razonamientos en que se sustenta no desvirtúan los de la sentencia impugnada.

3.- Para examinar este motivo casacional, se ha de partir de lo manifestado por esta Sección en el Fundamento de Derecho Segundo, de la Sentencia de 7 de marzo de 2012 (recurso de casación 1683/2008), reproducido en lo sustancial por el Fundamento de Derecho Quinto de la de la misma fecha, recaída en el recurso de casación 709/2010, a saber:

"La cuantificación de las tasas por uso privativo del dominio público local debe realizarse de acuerdo con el art. 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 5 de Marzo de 2004 .

Este precepto establece, en primer lugar, una regla general que permite tomar como referencia el valor que tendrá en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización, si los bienes afectados no fuesen de dominio públicos.

Por otra parte, se remite al desarrollo reglamentario por las ordenanzas fiscales a través de las cuales "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 dicho valor de mercado".

Ahora bien, la ambigüedad del legislador a la hora de cuantificar la tasa por uso del dominio público se salva con la previsión que establece también el legislador en el art. 25 del referido Texto Refundido, al obligar a que el ente local no acuerde una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público sin elaborar un informe técnico en el que se ponga de manifiesto el valor de mercado.

Sobre la importancia del estudio económico financiero ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala, habiendo declarado que la ausencia formal del documento así como la insuficiente justificación de los valores de mercado de referencia que justifique el importe de la exacción supone un vicio de nulidad que afecta tanto a la propia Ordenanza como a las liquidaciones giradas en su aplicación (sentencias, entre otras, de 19 de Octubre de 1999 , 11 de Noviembre de 1999 y 8 de Marzo de 2002 y 9 de Julio de 2009).

También el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 233/1999, de 13 de Diciembre , en relación con esta exacción, pero bajo la forma de precio público, afirmó la obligación de los entes públicos de justificar el establecimiento del mismo, previa la necesaria Memoria económico-financiera, al declarar en su fundamento de Derecho 19 que "tanto el valor de mercado como la utilidad constituyen criterios de indudable naturaleza técnica a los que la Administración Local tiene necesariamente que acudir a la hora de determinar el importe de los precios públicos por la ocupación del dominio público. Ciertamente, el contenido exacto de tales magnitudes depende de variables a menudo inciertas; pero no es dudoso que tales variables y, por tanto, tales magnitudes, no son el resultado de una decisión antojadiza, caprichosa, en definitiva arbitraria, del ente público".

La conclusión que se impone, alcanzada de forma constante por la jurisprudencia de esta Sala, es la que la tasa debe adoptarse a la vista del informe técnico-económico, con el que debe guardar la imprescindible coherencia, debiendo aquél poner de manifiesto el valor de mercado.

De esta forma, el informe técnico-económico o memoria financiera se constituye en instrumento imprescindible que servirá para justificar el establecimiento de la tasa, y en medio adecuado, en lo que ahora nos interesa, para justificar las cuantías propuestas, bajo el parámetro del principio de equivalencia, en referencia al valor que en el mercado tendría la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento si no fueran los bienes de dominio público, que simplificando -y saliendo al paso de las alegaciones que reiteradamente hace la parte actora e incluso constituye parte del núcleo de la prueba pericial instada y practicada en la instancia, que pretende que la ponderación se haga sobre el valor de una servidumbre de paso-, se correspondería con su eventual precio de arrendamiento.

La cuantificación de la tasa, por tanto, es una materia que escapa a la discrecionalidad administrativa, y cuya determinación se hace girar en función de la utilidad o aprovechamiento a obtener, por lo que resulta evidente que los factores y parámetros a tener en cuenta y valorar serán aquellos vinculados a dicha utilidad o aprovechamiento. Ciertamente las circunstancias singulares de cada municipio pueden dificultar el respeto al principio de equivalencia, pero como se ha dicho en otras ocasiones no se exige un respecto absoluto al principio de equivalencia, pues *"los requisitos expuestos son un «desideratum», y que en ciertos aspectos*



será obligado admitir ciertas aproximaciones, sin base estadística suficiente, pero, en todo caso, exhorta sobre la necesidad ineludible de huir de la arbitrariedad y de evitar la indefensión de los contribuyentes, que son frecuentemente la parte débil e indefensa de la relación jurídico-tributaria." Por tanto, las dificultades de toda índole que conlleva fijar el valor de mercado que tendría la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento de los bienes de dominio público, que por su naturaleza están excluidos del mercado, no pueden suponer excusa alguna para eludir la garantía que supone el informe técnico-económico.

4.- Dicho lo anterior, la Sala anticipa su criterio de estimar el **motivo quinto** por las razones que exponemos a continuación:

En primer lugar, hay que reconocer que el informe técnico-económico realizado no justifica que la cifra de ingresos totales a los que tiene derecho REE por la actividad que desarrolla, pueda servir de parámetro para el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso o aprovechamiento del dominio público municipal, suponiendo que los bienes afectados fuesen de propiedad privada.

En segundo lugar, esta Sala, en la Sentencia de 15 de Octubre de 2012, cas. 1085/2010, entre otras, ya puso de manifiesto, en relación con la tasa municipal por el aprovechamiento del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, que no era conforme a derecho que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por la llamadas efectuadas y recibidas en el municipio, además utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto el parámetro utilizado podía conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada municipio. Ciertamente el artículo 24.1.c) del TRLHL, autoriza e impone que la tasa se fije en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que se obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas; pero claro está, cuando estamos en el supuesto del artº 24.1.a) dicho parámetro sólo y exclusivamente servirá si a través del mismo puede determinarse "el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fueran de dominio público".

En el caso que nos ocupa se trata de una actividad regulada, en el que las tarifas o precios se fijan administrativamente, mediante un sistema ciertamente complejo en el que se concitan numerosos parámetros que no sólo tienen en cuenta los costes correspondientes por la estricta actividad de transporte de la energía, sino que se incluyen parámetros tales como amortizaciones, inversiones... (a la vista está, el Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero y posteriores), sin que de la mera cifra de ingresos totales a los que tiene derecho REE por la actividad que desarrolla, sin al menos una justificación adecuada que debiera constar en el informe técnico-económico, sobre la base de la metodología establecida reglamentariamente, pueda servir de parámetro para el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso o aprovechamiento del dominio público municipal proyectado en cada municipio en concreto; puesto que si bien es cierto que la dificultad es extremada en la cuantificación de la tasa, en tanto se está exigiendo por el legislador que se concrete un valor de mercado de una utilidad que no tiene mercado, aunque con referencia al mercado existente respecto de los mismos bienes que no sean de dominio público, lo que indirectamente hace factible una discrecionalidad amplísima en la elección del método o modelo a seguir, al menos si ha de exigirse que los elementos, datos y criterios utilizados sean objetivos y adecuados y de los mismos puedan derivarse razonablemente que el fijado sea "el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público", pues siendo discrecional la elección del método de determinación, dado que el valor de mercado de la utilidad es un concepto jurídico indeterminado, sólo puede ser uno, que ha de ser el resultado derivado de dichos elementos, datos y criterios utilizados, lo que exige que estos sean adecuados a dicho fin, y le corresponde al municipio, normalmente a través del informe técnico-jurídico acreditar dicha idoneidad y suficiencia. Lo que no es el caso, pues ante las especiales condiciones reglamentarias establecidas para fijar los ingresos totales de REE, este dato, sin más, sin referencia alguna a la metodología prevista, no contiene el grado de objetividad e idoneidad adecuado al efecto.

En tercer lugar, lleva razón REE cuando se queja, que los ingresos medios obtenidos por kilómetro, de línea de transporte de energía eléctrica, que señala la Ordenanza fiscal, no se corresponden con lo expresado en el informe técnico-económico, porque en el mismo alude a los 36.200 euros por kilómetro de línea, dato que figura en la letra a) del artículo 4º de la Ordenanza, como resultado, dice, de dividir los ingresos totales obtenidos por REE en 2008, entre el número total de kilómetros de líneas de transporte de energía eléctrica de su titularidad en ese año, cuando es el caso, como ha quedado acreditado y se desprende incluso del propio informe, que esa cifra se obtiene de dividir los ingresos obtenidos ese año por la totalidad de las empresas que ejercieron la actividad de transporte de energía eléctrica en ese ejercicio, no sólo por REE, y, por tanto, el parámetro señalado en la Ordenanza fiscal no aparece justificado en el informe, por lo que bien el parámetro o bien el informe es disconforme con el ordenamiento jurídico.



Es indudable que existe discordancia, entre el parámetro definido en la Ordenanza fiscal como base imponible, "Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión", y el importe establecido para el mismo en el ejercicio 2011, 36.320 €, porque la mera lectura del informe técnico-económico, pone de manifiesto que esa cuantía resulta de redondear a la baja y simplificar el valor obtenido como "Ingresos unitarios longitudinales", que son el cociente de dividir "el importe del ingreso total por la retribución de la actividad de transporte, entre el número de kilómetros de líneas de red de transporte a nivel español", utilizando datos relativos al ejercicio 2008.

No es dable olvidar para valorar la importancia de esta disparidad que la cuantía reflejada para 2011, sigue rigiendo en los ejercicios posteriores mientras no se modifique, conforme a lo que prevé el segundo inciso del apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ordenanza fiscal combatida.

Por más que sea razonable identificar los "Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión" con los "Ingresos unitarios longitudinales" obtenidos como cociente de dividir "el importe del ingreso total por la retribución de la actividad de transporte, entre el número de kilómetros de líneas de red de transporte a nivel español", la Ordenanza fiscal debería haber precisado que, a estos efectos, se entenderá como ingresos medios obtenidos por REE los ingresos unitarios longitudinales, que se calcularán en los términos descritos. No estorba recordar aquí, para justificar la razonabilidad de esa equiparación, el hecho de que la compañía recurrente no era en 2008, ni tampoco en 2011, la única que realizaba la actividad de transporte de energía eléctrica en España, por más que en 2011 la participación de otra empresa en esa actividad fuera ya, como sigue siendo ahora, excepcional y residual.

Pero es que, además, la Ordenanza fiscal debería haber precisado que para 2011 los "Ingresos medios obtenidos por REE por kilómetro de línea de alta y media tensión" se debían determinar utilizando los datos correspondientes al año 2008, porque faltando esa aclaración expresa y exigiendo el apartado 1 de su Disposición Adicional Primera, que el valor del parámetro IMN/KM esté "justificad[o] en el correspondiente informe técnico-económico y referenciado a los datos publicados oficialmente" para modificarlo en el futuro, no hay razón para fijarlo en 2011, conforme a los datos de 2008, habiéndose publicado ya cuando se realizó el informe técnico-económico, que acompaña a la Ordenanza fiscal discutida los datos oficiales de ejercicios posteriores a éste, puesto que una cosa es que la cuantía del parámetro IMN/KM, deba ser calculada con datos de ejercicios anteriores, dado que la tasa se devenga el 1 de enero de cada ejercicio, y otra es que no se calcule utilizando los datos más recientes de los publicados oficialmente.

Faltando ambas precisiones en la Ordenanza fiscal, la cuantía que aparece en su artículo 4.a) como «IMN/KM» para 2011, 36.320 euros por kilómetro, no puede entenderse fundamentada en el informe técnico-económico que la acompaña, lo que hace irrelevante que el resultado derivado de esos ajustes, pudiera ser superior al que aparece en la Ordenanza fiscal para el año 2011, como bien señala la compañía recurrente y en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, porque efectivamente se trata de un método estimativo del valor de mercado, que tendría la utilidad derivada, si los bienes fueran de titularidad privada, pero eso no excluye que se deba ser consecuente con las premisas establecidas para determinarlo en la propia ordenanza fiscal reguladora del tributo.

A lo anterior cabe añadir, que el hecho de que el gravamen impuesto sea el más benigno en el contraste efectuado en el informe técnico-económico respecto de los otros dos modelos propuestos, no sólo en nada empece a lo dicho, sino que además no puede servir de justificación, en tanto, que según nuestro criterio, no parece muy acorde la estimación de la rentabilidad mínima, que un hipotético propietario privado obtendría por permitir el uso de su patrimonio, en las condiciones que lo hace REE, para el ejercicio de la actividad de transporte de energía, tal y como sugiere la parte recurrente en referencia a las similitudes que quiere establecer entre el uso de los bienes de dominio público y una expropiación por servidumbre de paso, porque el régimen especial del sector, tal y como venimos comentando, lo que prevé es el establecimiento de servidumbres de paso, partiendo el informe de un presupuesto hipotético y ajeno a la regulación legal del sector, que en todo caso debería de servir de referencia, cual es el establecimiento de un usufructo vitalicio. Otro tanto cabe decir del otro modelo recogido en el informe sobre la estimación del importe de la tasa que pagaría REE al Ayuntamiento, si le fuera de aplicación el régimen simplificado del artº 24.1.c) del TRLHL, en tanto que cabría hacer las mismas objeciones que se han hecho respecto del tipo de gravamen, en cuanto a la improcedencia del método seguido al efecto, como ha quedado dicho anteriormente.

Finalmente, en lo que respecta a la cuota, la Ordenanza fiscal fija un tipo de gravamen del 3%, con el que busca asemejar el régimen de cuantificación de la tasa combatida al régimen especial de la letra c) del artículo 24.1 del TRLHL, cuando éste no se aplica al transporte de energía eléctrica, sometiendo así a un gravamen anual porcentual sobre sus ingresos, lo que desvirtúa la naturaleza del régimen de cuantificación aplicable al caso, que es el regulado en la letra a) de ese artículo 24.1.



El informe técnico-económico sostiene ese porcentaje 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". Por ello, y como también antes quedó reseñado, se señala 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 [...]".

Esta justificación no tiene en cuenta que en el artículo 24.1.c) del TRLHL, 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. Y desde luego, el impacto ambiental y potencial riesgo serviría, en todo caso, para la exigencia de una tributación de finalidad extrafiscal, incentivando determinadas conductas y desincentivando otras (SSTC 289/2000 , 168/2004 ó 179/2006), pero no el establecimiento de la tasa.

Por lo expuesto, y como se ha anticipado, se estima el motivo.

SEXTO.- Queda por resolver el **motivo sexto**, en el que se denuncia la infracción de los artículos 9.3 y 31.1 de la Constitución y 3.1 y 2 de la Ley General Tributaria, al rechazar la Sala las alegaciones referidas a la regulación del fundamento y naturaleza de la tasa y de su hecho imponible, del sujeto pasivo, del régimen de variación del número de kilómetros de línea de transporte y del régimen de declaración e ingreso de la tasa.

A) En primer lugar, se alega en relación con la regulación contenida en el artículo 1, dedicado al fundamento y naturaleza de la tasa, que habiéndose aducido en la demanda que el precepto adolecía de confusión, que entrañaba un auténtico supuesto de inseguridad jurídica prohibido por el art. 9.3 de la Constitución, en cuanto señala que la tasa afecta a "la empresa o, si es el caso, a las empresas que tengan la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte", no obstante estar dirigida única y exclusivamente a REE, siendo inviable además que empresas subcontratadas puedan estar sujetas a la tasa, el Tribunal de instancia razona en torno al principio de arbitrariedad de los poderes públicos, cuestión ésta no planteada, y en última instancia se limita a rechazar, sin más, el aludido alegato de infracción del principio de seguridad jurídica, por lo que en la medida en que la consideración de la resolución recurrida carece de fundamento infringe el artículo 9.3 de la Constitución.

La Sala de instancia en relación con la supuesta infracción del principio de seguridad jurídica establece que "la tasa impugnada grava a la empresa (o eventualmente a las empresas) que presten el servicio de transporte de energía eléctrica, dentro del cual quedan incluidas las tareas de construcción, mantenimiento y maniobra de las instalaciones de transporte, de lo que no cabe deducirse ninguna inseguridad jurídica que la propia actora, en sus propias argumentaciones, se encarga por eliminar".

Este razonamiento en casación no ha sido objeto de crítica jurídica suficiente, debiendo reconocerse que lo que se reprocha a la sentencia es la falta o insuficiencia de motivación, que debió articularse por el cauce del art. 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción, lo que hace inadmisibile el submotivo.

B) En segundo lugar, en relación con la regulación del hecho imponible que contiene el artículo 2 de la Ordenanza, la parte vuelve a mantener, de un lado, que no obstante haberse invocado también en la demanda la infracción del principio de la seguridad jurídica, por varias razones (concretamente por referirse el apartado 1 a una o varias empresas; utilizar los tres apartados indistintamente la utilización privativa y el aprovechamiento especial como supuestos constitutivos del hecho imponible de la tasa; manejar indistintamente los conceptos de "suelo del término municipal", "dominio público local", "territorio de este Municipio" y "territorio municipal",



no aludiendo nunca a "dominio público municipal" que sería el correcto; y señalar el inciso del apartado 2 que "la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se producirá siempre que para el transporte de energía eléctrica haya que utilizar subestaciones, líneas de alta tensión, líneas de otras tensiones...", lo que podría servir para incluir, a efectos de calcular la base imponible de la tasa a las líneas de tensión inferior a 200 KV) y, de otro, que la referencia que se hace en el último inciso del apartado 2 contraviene también el principio de capacidad económica consagrado en el art. 31.1 de la Constitución, por suponer una ampliación encubierta del ámbito de la tasa a "líneas de otras tensiones", la sentencia se limita a rechazar, casi sin más, el alegato de infracción del principio de seguridad, apreciando también sin mayor fundamento que la referencia que se hace en el precepto a líneas de otras tensiones no supone una ampliación del ámbito material de la tasa, por lo que supone la infracción de los artículos 9.3 y 31.1 de la Constitución.

Veamos, ante todo, la respuesta que se dio a este submotivo, que no es la que considera la parte, pues la Sala de instancia, respecto a la crítica del artículo 2.2 de la Ordenanza, después de resumir las posiciones de las partes, transcribe el art. 35.1 de la Ley del Servicio Eléctrico, señalando que esta ley es la que determina los elementos constitutivos de la red de transporte, que indudablemente deben estar comprendidos entre las facultades de gestión del operador transportista, que no es otro que REE, sin que pueda atisbarse que la Ordenanza Fiscal se aparte de las directrices legales establecidas.

Por otra parte, con relación a las alegaciones de los distintos conceptos manejados en la Ordenanza y el confusionismo e indefinición que ello comporta, a entender de la recurrente, la Sala no admite esa "confusión de delimitación del territorio público" a que con diferentes denominaciones hace referencia la Ordenanza, pues en todo caso queda claro que se refiere a los límites del territorio de titularidad municipal y estos lindes son los que pre-configuran el espacio en el que puedan estar ubicadas las instalaciones, redes y postes que resultan gravables."

Es cierto que la respuesta no es expresa respecto a todas las alegaciones deducidas, pero ante ello la parte debió invocar la incongruencia omisiva, lo que impide que nos pronunciemos por el cauce del art. 88.1 d).

En relación a las restantes cuestiones que aborda, desde el momento que el recurso no critica la respuesta dada, tampoco es posible volver al debate de la instancia.

C) En tercer lugar, la queja se dirige a la falta de respuesta de la infracción del art. 9.3 de la Constitución, en relación con la indefinición en que incurre la formulación del elemento personal de la relación jurídica-tributaria, establecida en el apartado 1 del artículo 3 de la Ordenanza, al referirse también a la empresa o las empresas que utilicen el dominio público local para realizar la actividad de transporte de energía eléctrica.

Este submotivo, en cuanto se reprocha a la sentencia incongruencia omisiva, debió haberse formulado asimismo al amparo del art. 88. 1c), por lo que no procede, sin denuncia previa del vicio por el cauce adecuado, resolver el debate planteado.

D) A la misma conclusión se llega respecto a la respuesta dada sobre la existencia de retroactividad impropia denunciada en la regulación del régimen de variación del número de Kilómetros de líneas de transporte de energía eléctrica que efectúa el apartado 3 del artículo 5, desde el momento en que se denuncia que la Sala rechazó, sin fundamentación, la alegación, pero es que además hay que reconocer que la Sala de instancia, sí ofreció una razón para negar la existencia de retroactividad, al señalar que "en cuanto a la modificación de la cuota a operar en el tiempo sobre la tasa en función de la variación que se operará en el número de kilómetros de líneas de transporte utilizado, tampoco contiene una retroactividad impropia, puesto que la Ordenanza establece que se devengará la cuota en el semestre siguiente al transcurso de un mes concedido por la declaración del aumento de kilómetros de utilización", por lo que si discrepaba de esta argumentación debió haber explicado por qué no sirve a tal fin.

En todo caso, por haberse estimado el motivo quinto de casación, carece de objeto.

E) Finalmente, discrepa de la argumentación dada por la Sala, en relación con la alegación expuesta en el escrito de demanda de que el régimen de declaración e ingreso de la tasa, contenido en el art. 6 de la Ordenanza, en concordancia con su Disposición Final, contraviene el principio de arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, y los principios informadores de la aplicación de los tributos recogidos en el art. 3.2 de la Ley General Tributaria, todo ello referido al ejercicio de 2011, al imponer la obligación de practicar una autoliquidación dentro del primer mes de aplicación de la Ordenanza, lo que supone, por la fecha de su publicación, finales de Diciembre de 2010, la imposibilidad de poder conocer la parte del dominio público que estaba ocupado por líneas de transporte de energía eléctrica.

La sentencia alude a que "ninguna justificación plausible aporta la parte recurrente acerca de la imposibilidad de conocer cuales son las características de las instalaciones utilizadas ni acerca del territorio por el que transcurren las líneas de conducción de energía eléctrica, datos que indudablemente están en su haber, y con



ello no se colige la arbitrariedad invocada en que pudiera incidir la Administración local al establecer, no sólo el límite temporal para iniciar el devengo y pago de la tasa sino también los mecanismos de colaboración con el Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, a fin de determinar los circuitos de utilización y simplificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de gestión y recaudación de la tasa."

En contra, se alega que la parte no sólo no puede saber por sí sola, qué número de Kilómetros de líneas eléctricas de su titularidad, discurren por dominio público del municipio de la imposición, sino que esta información le ha sido denegada por el Ayuntamiento, y no le ha sido permitido obtenerla del Catastro Inmobiliario y tampoco se le ha facilitado el Organo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona según cabría esperar en atención a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 7 de la Ordenanza Fiscal.

Este submotivo ha quedado también sin objeto ante la estimación del motivo quinto que comporta la declaración de nulidad del artículo 4 de la Ordenanza Fiscal impugnada.

SEPTIMO. - La estimación del **quinto motivo** determina la estimación parcial del recurso de casación y la anulación de la sentencia impugnada, lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, nos obliga a resolver lo que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate y ello debe hacerse estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anulando el artículo 4 de la Ordenanza impugnada.

OCTAVO. - No ha lugar a la imposición de costas procesales en esta instancia y en el recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos **estimar y estimamos** el presente recurso de casación, número 2884/2012, interpuesto por D. Jacinto Gómez Simón, Procurador de los Tribunales, en nombre de **RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.U**, contra la sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de junio de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 417/2011, sentencia que se casa y anula. Sin costas.

SEGUNDO.- Que debemos **estimar y estimamos en parte** el recurso contencioso-administrativo numero 417/2011, interpuesto por **RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.U**, y anulamos el artículo 4 de la Ordenanza del **Ayuntamiento de MASQUEFA (Barcelona)**, reguladora de la Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresa transportista de energía eléctrica, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 30 de diciembre de 2010. Sin costas.

TERCERO. - Publíquese este fallo en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Angel Aguallo Aviles Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico **PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Manuel Martin Timon, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.