

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ086173

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia 72/2022, de 8 de febrero de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1554/2019

SUMARIO:

ITP y AJD. Transmisiones patrimoniales onerosas. Normas especiales. Concesiones administrativas y negocios asimilados. En el presente caso se gira liquidación sobre contrato suscrito por la recurrente con la Comunidad de Madrid en aplicación del art 7.1.b) TR Ley ITP y AJD en concepto de concesión administrativa, pues la resolución impugnada, confirmando los criterios de la liquidación impugnada, considera que se está ante un contrato de concesión, y no de mera prestación de servicios como se alega de contrario, tal y como se recoge en el propio pliego de condiciones de forma reiterada y resulta de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Contra la anterior resolución se alza la contribuyente alegando que se está ante una prestación de servicios sujeta a IVA y no una concesión administrativa. Del análisis del contrato la Sala observa que se está produciendo el otorgamiento de facultades de gestión de servicios tal y como prescribe el art 7.1.b) TR Ley ITP y AJD, y una explotación de bienes de titularidad autonómica, sin que desvirtúe ese hecho, la alegación de la actora de que solo lo es a efectos de la realización del trabajo concreto. Existe Jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos similares que afirma tal conclusión pese a no establecerse tarifas a los usuarios [Vid., STS de 15 de enero de 2016, recurso n.º 4054/2014 (NFJ061689)], criterio que debe mantenerse pues en sentencia similar dictada por esta Sala en relación con el servicio de teleasistencia que constituye uno de los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, se afirma la concurrencia del hecho imponible del ITP [Vid., STSJ de Madrid de 6 de abril de 2021, [recurso n.º 1173/2019](#)]. Finalmente, no puede asumir la Sala la invocación que se hace del principio de confianza legítima, para atribuir a un contrato que expresa y reiteradamente se califica y suscribe como de concesión otra naturaleza distinta.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 9.

RD Leg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD), art. 7.

PONENTE:

Don Joaquín Herrero Muñoz-Cobo.

Magistrados:

Don JOSE LUIS QUESADA VAREA
Don CRISTINA PACHECO DEL YERRO
Don JOAQUIN HERRERO MUÑOZ-COBO
Don NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Novena

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2019/0016716

Procedimiento Ordinario 1554/2019

Demandante: SACYR SOCIAL, S.L.U.

PROCURADOR D./Dña. GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID MEH

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SENTENCIA No 72

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. José Luis Quesada Varea

Magistrados:

Dª Cristina Pacheco del Yerro

D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

Dª Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid a ocho de febrero de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1554/2019, interpuesto por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo en representación de la entidad SACYR S.L.U contra la Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de fecha 29 de Marzo de 2019 desestimando la reclamación económica-administrativa presentada contra acuerdo de liquidación por ITP y contra acuerdo sancionador derivado de la anterior. Ha sido parte demandada la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado y la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

Segundo.

Los Servicios Jurídicos del Estado y de La Comunidad de Madrid codemandada presentan contestación oponiéndose al recurso.

Tercero.

No acordado el recibimiento a prueba, se dio traslado para conclusiones sucesivamente a las distintas partes, quienes las evacuaron en sendos escritos, en los que reiteraron sus respectivos pedimentos.

Cuarto.

En este estado se señala para votación el día 20 de enero de 2022, teniendo lugar así.

Quinto.

En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Joaquín Herrero Muñoz Cobo

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Es objeto del presente recurso Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de fecha 27 de Septiembre de 2019 desestimando la reclamación económica-administrativa presentada contra acuerdo de liquidación por ITP y contra acuerdo sancionador derivado de la anterior.

En el presente caso se gira liquidación sobre contrato suscrito por la recurrente con la Comunidad de Madrid "de Gestión del Centro de Atención a Personas Mayores Dependientes de Villa del Prado" en aplicación del art 7.1.b RDL 1/93 en concepto de concesión administrativa. Estima la resolución impugnada, confirmando los criterios de la liquidación impugnada que se está ante un contrato de concesión, y no de mera prestación de servicios como se alega de contrario, tal y como se recoge en el propio pliego de condiciones de forma reiterada y resulta de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Contra la anterior resolución se alza la contribuyente alegando que se está ante una prestación de servicios sujeta a IVA y no una concesión administrativa, y ello por las siguientes razones:

- La recurrente no abona importe alguno a la Comunidad de Madrid, sino que esta paga a la empresa por el servicio prestado.
- No existe desplazamiento patrimonial a favor de mi representada.
- No existe relación con el usuario del servicio.
- Es irrelevante la denominación dada por las partes.
- Ausencia de transferencia de riesgo de la explotación.

La interpretación realizada por la demandada implica una prohibición de ayudas de estado, sujetando a la recurrente a un tributo del que se excluye a otras entidades públicas.

Vulneración del principio de confianza legítima, conforme a las previsiones del contrato estaba sujeto a IVA y no a ITP.

Incorrección de la base imponible, no pudiendo incluir el valor del inmueble, pues la propia Comunidad de Madrid, ostenta su uso en virtud de concesión administrativa.

En cuanto al acuerdo sancionador se alega en cualquier caso la ausencia de prueba de culpabilidad.

Por las Administraciones demandadas se interesa la desestimación del recurso.

Segundo.

El artículo 7 dispone "1. Son transmisiones patrimoniales sujetas: B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos", y el art. 13 "2. Se equiparán a las concesiones administrativas, a los efectos del impuesto, los actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares".

La parte actora niega la existencia de concesión administrativa en sentido estricto del art. 7 así como en el sentido amplio del art. 13.2.

Hay que partir de que en el presente caso se parte de un contrato que consta en actuaciones en el que participan ambas partes y que está denominado, y plagado de referencias específicas al cumplimiento de los requisitos de un contrato de gestión de servicios bajo la modalidad de concesión según el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Artículo 275 "Ámbito del contrato" 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los

servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos", Artículo 277 Modalidades de la contratación "La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura". Así en el título, y en el clausulado consta el término concesión, así como la mención específica a la asunción el riesgo y ventura por cuenta del concesionario. Pero aun cuando se concluyese que debido a la ausencia de establecimiento de canon o tarifas a cobrar al usuario, el contrato desde la perspectiva administrativa no cumple en puridad el concepto de concesión, lo se puede negar que se produce el hecho imponible del art. 13.2 RDL 1/1993 para la tributación por ITP. Y ello se concluye por la naturaleza del contrato, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por Sentencia previa de esta Sala y Sección.

En primer lugar según Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, se establece en el art. 26.1.23 y 26.1.24 competencias de la Comunidad de Madrid relacionadas con el contrato suscrito, "art. 26. 1.23 Promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación. 26. 1.24 Protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud". Dichas competencias, son atribuidas por el contrato examinado a la parte actora. Por lo tanto con ello queda claro que se está produciendo el otorgamiento de facultades de gestión de servicios tal y como prescribe el precepto del RDL 1/1993, y una explotación de bienes de titularidad autonómica, sin que desvirtúe ese hecho, la alegación de la actora de que solo lo es a efectos de la realización del trabajo concreto.

En segundo lugar existe Jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos similares que afirma tal conclusión pese a no establecerse tarifas a los usuarios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15/01/16 (Rec. 4054/2014), desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por una mercantil contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 15656/2013, estimatoria parcial del recurso contencioso administrativo presentado por la Consejería de Hacienda contra resolución de 26 de agosto de 2013 del TEAC. En dicho recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se citan como resoluciones de contraste algunas de las Sentencias que sostienen su tesis de negación de la existencia de hecho imponible, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -Sede en Las Palmas de Gran Canaria- de fechas 14 de enero de 2011 y 31 de mayo de 2013. La sentencia de instancia examina un supuesto de servicio público de explotación, mantenimiento y conservación de punto limpio y transporte de residuos, siendo un servicio público que obligatoriamente debe prestar el Ayuntamiento dentro de la competencia general de residuos urbanos y salubridad pública, artº 25.2.b y j y 26.1.a de la LRL; y aun cuando considera que la apreciación del TEAC de que el Ayuntamiento es el que mantiene la gestión del negocio, limitándose la empresa a la prestación material del servicio, ello no supone que no estemos ante un supuesto de los contemplados en el artº 13.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, puesto que con independencia del sistema de retribución establecido, de la responsabilidad de la prestación del servicio y de la forma de gestión indirecta del servicio, conforme al pliego de cláusulas administrativas y del contrato sólo es posible deducir que la adjudicataria del servicio actúa con plena autonomía y libertad gestionando el servicio de punto limpio, cumpliéndose el primer requisito previsto en el citado artº 13.2, pero con la firma del contrato se produce una transferencia patrimonial a favor de la entidad. Y aun cuando el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por no darse los presupuestos procesales para ello, entra en un fundamento en la cuestión de fondo y así afirma en un fundamento "Con todo no está de más poner de manifiesto que es el desplazamiento patrimonial el que sirve de justificación para la tributación que nos ocupa, pues resulta evidente que existe una manifestación de capacidad económica, en tanto que se transfiere al adjudicatario una esfera de actuación de la Administración Pública, en este caso el servicio de limpieza viaria, con eminente carácter legal de servicio público, y que determina un beneficio económico a su favor, pues como hemos dicho en otras ocasiones "Con independencia de las referencias que, bien en el propio contrato celebrado o bien en los Pliegos de Condiciones aplicables en la contratación, se hacen a la figura de la concesión o a la del concesionario, lo determinante, a los efectos fiscales, es si de la celebración del contrato con el Ayuntamiento se origina un desplazamiento patrimonial en favor de la entidad contratante al colocarla en situación de obtener un beneficio especial con motivo de la prestación de un servicio público o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público". Así el Tribunal Supremo afirma la concurrencia de los presupuestos del art. 13.2 RDL 1/1993 en un contrato para la prestación del servicio de limpieza viaria por el hecho de que la celebración de tal contrato con el Ayuntamiento origina un desplazamiento patrimonial en favor de la entidad contratante al colocarla en situación de obtener un beneficio especial con motivo de la prestación de un servicio público o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, siendo igual caso que el aquí analizado. En el presente caso se produce igualmente desplazamiento patrimonial en cuanto al uso del establecimiento físico del centro de día y residencia.

Y en tercer lugar la presente Sección no puede sino mantener el criterio de la concurrencia de hecho imponible ya recogido en sentencia similar dictada en relación con el servicio de teleasistencia que constituye uno de los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, y en la que se afirma la concurrencia del hecho imponible del ITP con la siguiente fundamentación, Sentencia nº 158 de fecha 6

de abril de 2021 dictada en el Procedimiento Ordinario nº 1173/2019 , "La calificación que merezca el contrato en el seno de la contratación administrativa no es decisiva, pues "en Derecho Fiscal, incluso, el concepto de concesión administrativa tiene un ámbito mayor que en el Derecho Administrativo" (al respecto, SSTS de 5 de marzo de 2007, rec. 1007/2002; 18 de junio de 2010, rec. 1967/2005, y 15 de enero de 2016, rec. 4054/2014, entre otras). Con ello no se desborda o desnaturaliza el concepto de concesión administrativa, sino que es asimilado, a los exclusivos efectos fiscales, con otras figuras o modalidades contractuales, resultando identificado prácticamente con todo contrato que otorga facultades de gestión de servicios públicos. No es trascendente, por tanto, la ausencia de los elementos típicos de la concesión administrativa que la recurrente insiste en destacar. Tampoco es cuestionable la existencia de un desplazamiento patrimonial a favor de la contratista. Esta obtiene, a cambio de las actividades de teleasistencia, una retribución del Ayuntamiento, produciéndose así el traslado de medios públicos a una entidad privada aunque los servicios no sean sufragados directamente por los usuarios o destinatarios finales de la asistencia. La cesión de la gestión del servicio a cambio de precio coloca a EULEN en situación de obtener un beneficio especial con motivo de la prestación de un servicio público".

Tampoco podemos asumir la invocación que se hace del principio de confianza legítima, para atribuir a un contrato que expresa y reiteradamente se califica y suscribe como de concesión otra naturaleza distinta.

Tampoco debemos rechazar la alegación basada en la existencia de una ayuda de Estado que falseara la competencia, pues como alegan las demandadas cualquier entidad privada que resultara concesionaria quedaría sujeta al mismo impuesto, por el mismo concepto.

Finalmente no existe el conflicto o incompatibilidad entre el ITP, y el IVA que se alega, en cuanto el ITP se refiere únicamente a la constitución y otorgamiento del contrato de concesión del servicio público, distinta de la facturación por la posterior la posterior prestación de servicios por parte del empresario.

Tercero.

Por lo que se refiere al acuerdo sancionador, contrariamente a lo alegado por la recurrente si entendemos debidamente motivado, y justificado el reproche de culpabilidad que justifica la imposición de sanción, fundado esencialmente en la circunstancia de constar en el contrato suscrito su carácter de concesión, que la recurrente no puede ignorar sin más, sin presentar declaración, o consulta tributaria, limitándose a no presentar declaración alguna.

La parte actora niega la existencia de infracción tributaria utilizando como fundamento para ello una interpretación razonable de la norma, art. 179.2.d) LGT porque entendió de acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda que no existía hecho imponible alguno. Dicha causa de exclusión de la responsabilidad debe rechazarse habiendo sido suficientemente motivada en la Resolución sancionadora. Es fundamental para ello el argumento de los términos nominales del contrato suscrito entre la entidad y la Comunidad de Madrid, no pudiendo negar su participación en el contrato en el que expresamente se afirmaba sujetar dicho contrato al régimen de concesión, lo que obligaba como mínimo a la presentación de autoliquidación al respecto realizando una declaración del contrato.

Cuarto.

Conforme al art. 139 de la LJCA las costas se imponen a la recurrente por cuantía máxima de 2000 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador D Gabriel de Diego Quevedo en representación de la entidad SACYR S.L.U contra la Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de fecha 29 de Marzo de 2019 desestimando la reclamación económica-administrativa presentada contra acuerdo de liquidación por ITP y contra acuerdo sancionador derivado de la anterior.

Las costas se imponen a la recurrente por cuantía máxima de 2000 euros.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2583-0000-93-1554-19 (Banco de Santander, Sucursal c/

Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569- 92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente2583-0000-93-1554-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia"y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.