CONSULTA TRIBUTOS REF

CONSULTA NÚM. 1542 (30/01/2013)

PERSONA O ENTIDAD CONSULTANTE	**DOMICILIO**
CONCEPTO IMPOSITIVO Impuesto General Indirecto Canario	**NORMATIVA APLICABLE** Art. 9.10º Ley 20/1991

CUESTIÓN PLANTEADA

El ente territorial local consultante adjudicó un contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y explotación de una piscina básica polivalente (se adjunta copia). El contrato se enmarca en la regulación contenida en el artículo 7 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. El plazo de explotación de la obra es de 35 años.

Se consulta si a la citada concesión de obra pública le resulta o no aplicable el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 9.10º de la Ley 20/1991.

CONTESTACIÓN VINCULANTE

Se encuentra no sujeta al IGIC, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.10º de la Ley 20/1991, la concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y explotación de una piscina básica polivalente.

Visto el escrito presentado por , en el que formula consulta tributaria acerca del Impuesto General Indirecto Canario (en adelante, IGIC), esta Dirección General de Tributos, en uso de la atribución conferida en la Disposición Adicional Décima.Tres de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias (en adelante, Ley 20/1991), en relación con el articulo 23.2.t) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero, emite la siguiente contestación:

PRIMERO.- El ente territorial local consultante adjudicó un contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y explotación de una piscina básica polivalente (se adjunta copia). El contrato se enmarca en la regulación contenida en el artículo 7 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. El plazo de explotación de la obra por parte del concesionario es de 35 años.

Se consulta si a la citada concesión de obra pública le resulta o no aplicable el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 9.10º de la Ley 20/1991.

SEGUNDO.- El artículo 9.10º de la Ley 20/1991 dispone:

"No están sujetas al Impuesto:

(...)

10º.- La constitución de concesiones y autorizaciones administrativas, excepto las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y aeropuertos."

Este artículo establece el principio general de la no sujeción de las concesiones administrativas al IGIC y de la admisión solo como sujetas de aquellas que específicamente señala el citado 9.10º de la Ley 20/1991: las concesiones cuyo objeto es la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y aeropuertos.

La cuestión es determinar si un contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y explotación de una piscina básica polivalente, tiene, a los efectos del IGIC, la naturaleza jurídica de concesión administrativa. La respuesta es positiva por las razones que se exponen a continuación.

El artículo 7 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone:

"1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de

restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.
(...)"

Las características de esta modalidad contractual, teniendo en cuenta la regulación vigente y sus antecedentes históricos, son las que se mencionan a continuación:

- El derecho a la explotación de las obras, o esa explotación acompañada de un precio, ha de ser la contrapartida que recibe el concesionario por realizar a su costa, total o parcial, la inversión y el mantenimiento de la obra.

- Consecuencia de la especial forma de remuneración del concesionario, las obras públicas objeto del contrato de concesión han de ser susceptibles de explotación económica.

- Dado los términos confuso del citado artículo 7 respecto al objeto de esta modalidad contractual, la doctrina mayoritaria señala que resulta clarificadora la definición existente en el derogado artículo 220.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la obra pública objeto de contrato sea necesaria para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

- El derecho de explotación conlleva la transferencia de la responsabilidad de explotación, puesto que el contrato se realizará, en todo caso, a riesgo y ventura del concesionario.

- El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario por la utilización de la obra durante un cierto período de tiempo.

Respecto al concepto de concesión administrativa, resulta de interés el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 que señala:

"En Derecho Administrativo, la concesión administrativa es una institución que agrupa distintas especies de negocios jurídicos presididos por la idea de cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa. El concepto incluye todos aquellos actos de las Administraciones Públicas por los que se faculta a los particulares para la realización o gestión de determinado servicio público o se les atribuye el aprovechamiento específico y exclusivo de bienes de dominio público. La concesión es, por tanto, una institución jurídica compleja, susceptible de ser considerada como contrato y como derecho real ya que comprende dos modalidades: la de servicio público y la demanial.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, mediante la concesión la Administración obtiene la colaboración de un particular, bien para la prestación de un servicio público -concesión de servicios- bien para el aprovechamiento del dominio público -concesión demanial-.

La primera de dichas modalidades, que es la que importa en el presente recurso, se caracteriza por su naturaleza esencialmente contractual y por ser una forma de gestión indirecta de un servicio público, cuya titularidad corresponde a la Administración concedente. Si bien es cierto que pueden presentarse dificultades derivadas de la consideración de la actividad a desarrollar como auténtico servicio público y de la existencia de distintas formas de gestión.

Con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante. Y son, desde luego, servicios públicos, por antonomasia, los recogidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en la que además de definirse como servicios públicos locales, en el artículo 85.1, los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, en el artículo 25.2 se concretan determinadas materias constitutivas de servicios obligatorios, entre las que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios de limpieza viaria y recogida y tratamiento de residuos.

Y en cuanto a gestión de los servicios públicos, el artículo 85.2 LRBRL distingue la forma directa de la indirecta, y dentro de ésta contempla, de manera especial, en el apartado 4.a) la concesión, cuya naturaleza contractual queda reflejada tanto en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al señalar que la contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar la modalidad de concesión, por la que el empresario gestiona el servicio a su riesgo y ventura, como en los artículos 114 y siguientes del RSCL."

Igualmente la citada sentencia declara que *"(...) en Derecho Fiscal, incluso, el concepto de concesión administrativa tiene un ámbito mayor que en el Derecho Administrativo, según ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS de 31 de octubre de 1996) (...)*",

La obra pública objeto de contrato es una piscina polivalente; en este sentido, el artículo 25.2 de la LRBRL dispone que:

"El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

(...)

m. Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo."

TERCERO.- Conforme a lo expuesto, es criterio de esta Dirección General de Tributos que se encuentra no sujeta al IGIC, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.10º de la Ley 20/1991, la concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y explotación de una piscina básica polivalente.

La presente consulta se emite conforme a la legislación vigente a la fecha de firma de la misma y a los efectos que establece la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Santa Cruz de Tenerife, de 30 de enero de 2013

EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS

Alberto Génova Galván