

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena C/ General Castaños, 1 , Planta 1 -
28004
33010310
NIG: 28.079.00.3-2013/0008897



(01) 30343494881

Recurso de Apelación 743/2014

Recurrente: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO DE MOSTOLES
PROCURADOR D./Dña.

Recurrido: SRH CONSTRUCCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS SA
PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 525

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ramón Verón Olarte

Magistrados:

D^a. Ángeles Huet de Sande

D. José Luis Quesada Varea

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D^a. Sandra María González De Lara Mingo

D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

En la Villa de Madrid a dieciséis de junio de dos mil quince.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el **Rollo de Apelación número 743 de 2014** dimanante del procedimiento ordinario número 159 de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 31 de Madrid en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Móstoles Ayuntamiento de Móstoles representado por representado por la Procuradora Doña _____ y asistido por el Letrado Don _____ contra la Sentencia dictada en el mismo. Han sido parte la apelante y como apelada la entidad «SHR, Construcciones Civiles y Administrativas S.A.» representada por el Procurador Don _____ y asistida por el Letrado Don _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 31 de Madrid en el procedimiento ordinario número 159 de 2013 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: « *Primero.- Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación de SHR CONSTRUCCIONES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS S.A., contra AYUNTAMIENTO DE MOSTOLES, anulando por mostrarse disconforme a Derecho la actuación administrativa impugnada y referenciada en el F.D. Primero. Segundo.- Sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso*

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, siguientes al de su notificación. Así por esta mi Sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.»

SEGUNDO.- Por escrito presentado el día 10 de abril de 2.014 la Procuradora Doña _____ en nombre y representación del Ayuntamiento de Móstoles interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que se revocara la de instancia en los términos expuestos en el escrito de apelación

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 14 de abril de 2.014 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte demandada, a fin de que en plazo de quince días formulara escrito de oposición al recurso de apelación, presentándose por el Procurador Don _____ en nombre y representación de la entidad «SHR, Construcciones Civiles y Administrativas S.A.» escrito el día 19 de mayo 2.014 formulando oposición al recurso de apelación con base en las alegaciones que tuvo por pertinente y termino solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que se desestimara íntegramente el recurso de apelación imponiendo las costas de la apelación a la administración apelante

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de mayo de 2014 se elevaron las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección novena quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Por Acuerdo de 28 de abril de 2015 de la Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó el llamamiento del Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez en sustitución voluntaria del Magistrado titular de la Sala Ilmo. Sr. D. Marcial Viñoly Palop

siendo aquél designado Ponente de este recurso; señalándose para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 26 de mayo de 2015 a las 10,00 horas de su mañana, en que tuvo lugar.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilustrísimo Señor Don JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ, en sustitución del Magistrado Ilustrísimo Señor Don Marcial Viñoly Palop

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones planteadas en esta alzada han sido resueltas en la Sentencia dictada **por esta sección el pasado 31 de marzo de 2015** recurso de apelación nº 620/2014, interpuesto por la entidad hoy apelada contra la sentencia de fecha 3 de Enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 34 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 111/2011. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto y, en consecuencia, confirma la liquidación tributaria *al entender que para la realización de las obras era necesaria la obtención de licencia municipal, explicando además que así se estipuló expresamente en el contrato, asumiendo la recurrente el pago del impuesto al que ahora se opondrá. Razona por último, que la Sala ha venido declarando la procedente tributación de ICIO en los supuestos en los que el Ayuntamiento otorga concesión a mercantil para la ejecución de las obras y explotación del servicio, conclusión trasladable, con más fuerza, a supuesto como el de autos, en los que la adjudicación no se realiza por el propio Ayuntamiento, sino por Sociedad Mercantil Municipal dotada de personalidad jurídica propia y sometida al régimen jurídico privado. La entonces apelante indicaba que era una mera adjudicataria de la obra adjudicataria de la obra a la que no es atribuible capacidad contributiva gravada por el Impuesto de Construcciones Instalaciones y Obras (ICIO) Afirmaba ser de aplicación el artículo 151.4 la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid, pues la obra era promovida por el Ayuntamiento, no requiere por tanto licencia, no está por tanto sujeta al impuesto.- Entendía que se está ante unas obras para las que no es necesaria la obtención de licencia de obras pues se estaría ante un supuesto de auto concesión de licencia por el propio Ayuntamiento de Móstoles que es el verdadero promotor de las obras a través de un ente instrumental, Empresa Municipal de Aparcamientos de Móstoles, S.A., de la que ha resultado adjudicataria la empresa constructora.*

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Móstoles mantiene que *es incorrecta la afirmación relativa a la atribución de la condición de promotor de las obras al Ayuntamiento de Móstoles pues aunque es cierto que el Ayuntamiento acordó el Plan Especial de Aparcamientos 2004-2007, es decir es el promotor del Plan Estratégico, lo cierto es que el promotor de cada uno de los aparcamientos fue EMASA (Empresa Municipal de Aparcamientos de Móstoles, S.A.). Alega también, que resulta procedente la liquidación a la apelante en su condición de sujeto pasivo sustituto del contribuyente conforme al art 101.2 TRLHL. Alega por ultimo en relación a la aplicación del art 151.4 Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que lo relevante es que se ejecuta un proyecto, que requiere de control urbanístico por parte del Ayuntamiento, que necesariamente ha de tener lugar, cuando precisamente ha sido objeto de adjudicación no solo la ejecución del proyecto, sino el previo diseño y definición de este.*

TERCERO.- La citada sentencia dictada en el recurso de apelación 620/2014 afirma que *esta sección ha abordado la cuestión objeto de los presentes autos en distintas ocasiones acogiendo en todas ellas el criterio fijado en sentencia de este mismo Tribunal de 5 de Febrero de 2014, en las que en definitiva se estima que la ejecución de las obras no requería de licencia, (pese haber sido solicitada y obtenida) y que por ello no resultaba procedente la liquidación girada por Impuesto de Construcciones Instalaciones y Obras (ICIO), y en este sentido decíamos que si el promotor es el Ayuntamiento, entra en juego lo dispuesto en el artículo 151.4 de la Ley 9/2001 de la CAM, de suerte que la licencia era innecesaria, en la medida en que carecía de sentido ejecutar una obra que ha sido acordada, promovida y ejecutada por el mismo, aunque lo haya sido a través de un ente instrumental. Si la finalidad de las licencias urbanísticas es controlar la adecuación de la obra al Planeamiento; y dicha obra se programa por el Ayuntamiento y se ejecuta a través de un ente instrumental, es evidente que el respeto de la citada normativa está garantizado y cumplido con la propia autorización de la obra (en el caso de autos, la aprobación por el propio Ayuntamiento del Plan Especial de Aparcamientos 2004- 2007 y la adjudicación de la misma, previo el correspondiente contrato).*

No obstante lo anterior, tras un nuevo examen de la controversia, se estima procedente un cambio de criterio, con la desestimación del recurso conforme a lo que a continuación se razona.

En efecto, para el concreto caso de autos, estimamos que la solicitud y obtención de licencia previa a la ejecución de las obras, resultaba imprescindible, tal y como efectivamente tuvo lugar en la práctica, y tal y como por otra parte expresamente se había previsto en el contrato y fue asumido por la ahora apelante.

En efecto, debemos recordar que partiendo de la existencia de un Plan Especial de Aparcamientos, la Empresa Municipal de Aparcamientos de Móstoles, constituida como Sociedad Anónima, adjudicó concurso no solo para la ejecución de un proyecto de aparcamiento, sino también para la propia redacción de dicho Proyecto; así las cosas, no podía de ninguna manera ejecutarse el proyecto sin el previo control urbanístico mediante la solicitud y obtención de licencia, control urbanístico que no podía entenderse sustituido

o equivalente a las actuaciones o compromisos que pudiera realizar o asumir EMASA, pues carece de competencia para ello.

Conforme a lo expuesto, y rectificando el anterior criterio de esta sección, no estamos ante un supuesto en el que pudiera entenderse que pese haber solicitado y obtenido licencia esta no fuera necesaria, pudiendo en base a ello hablar de inexistencia del hecho imponible.

Igualmente, y en cuanto viene a fundar el recurso de apelación, y en buena medida las sentencias cuyo criterio ahora modificamos, estimamos que aún para el caso en el que no hubiera sido precisa la solicitud y obtención de licencia por entenderse ya comprendida en la propia decisión o acuerdo de adjudicación de redacción del proyecto y realización de las obras, igualmente se produciría el hecho imponible del ICIO, precisamente en base a la equivalencia entre la licencia, y el control que por aquella otra vía se habría de realizar.

Como señala la la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de de 3 de marzo de 2004 (rec. 11127/98)

B) No es necesaria, en el caso presente, en contra del criterio sustentado por la entidad recurrente (en el motivo impugnatorio séptimo), la obtención formal de la " licencia municipal de obras", pues la cláusula 16 del Pliego del Condiciones de la concesión otorgada a S.A. especifica que "los impuestos, tasas, precios públicos, gravámenes y exacciones de cualquier clase, referentes a la ejecución de las obras y explotación del servicio, serán de cuenta del adjudicatario; y el concesionario no vendrá obligado a la solicitud ni al pago de la licencia de obras, pero sí a la solicitud y pago de la licencia de actividades" , y la lectura integrada de tal cláusula permite inferir que el concesionario estaba en principio e in genere constreñido al pago de los tributos relacionados con la ejecución de las obras (y obligado, obviamente, a satisfacer el ICIO), y, por tanto, el hecho de que se contemple la posibilidad de que no tenga que solicitar la licencia de obras no puede querer decir que se encuentre exento de ella y, mucho menos, del Impuesto objeto de controversia, porque:

a.- La licencia de obras tiene por objeto controlar si el proyecto que se somete a trámite es acorde con la normativa de aplicación, y, al efecto, es de destacar que, en casos como el aquí cuestionado, la iniciativa de establecer un aparcamiento subterráneo bajo una vía pública es algo que corresponde (y correspondió) al propio Ayuntamiento, quien, si bien, en una primera valoración, determinó que la idea era ajustada a derecho, por cumplir con las determinaciones urbanísticas contempladas en el Plan General de Ordenación Urbana, PGOU, extendió, después, su facultad de control, obligatoriamente, sobre el proyecto que el concesionario estaba obligado a presentar (de modo y manera que dicho control, plasmado en la necesidad de solicitar y obtener la pertinente licencia , es una necesidad normativa configuradora, además, de un elemento del hecho imponible del ICIO , que no hay precepto ni pacto consensual que la excluya o pueda excluir: licencia que no tendría, lógicamente, demasiado sentido si se entendiera, como preconiza la recurrente, que la titularidad de la obra reside, también, en el Ayuntamiento, pues ello supondría que estaría llamado a autoconcederse innecesariamente, como titular del control, tal instrumento permisivo de la actuación proyectada -y razones ontológicas impiden considerar que el Ayuntamiento se conceda a sí mismo una autorización administrativa-).

b.- El hecho de que en este caso de autos se tenga que obviar, formalmente, el trámite de la solicitud y/o de la concesión de la licencia municipal no significa por parte de

la Administración una dejación de sus funciones a la hora de controlar los correspondientes proyectos, pues el Ayuntamiento realiza tal control cuando examina en su integridad la adecuación del proyecto al ordenamiento jurídico, y es, por eso, que en dichos supuestos el acuerdo municipal de aprobación de los proyectos sustituye la necesidad de otorgar licencia .

En efecto, en el caso aquí analizado, la concesionaria venía obligada, como así hizo, a presentar un proyecto básico que incluyera esquemas de circulación, planos generales, planos de instalaciones, detalles de obras de acceso, ventilación, saneamiento, etc. (cláusula decimotercera), y, en tal momento, es cuando se produjo la actividad de control de aquél por parte del Ayuntamiento para comprobar si se ajustaba a las determinaciones urbanísticas, constructivas y legales (actividad de control que constituye el sustrato de la autorización o licencia de obras).

No es correcto, pues, que se arguya, como hace la recurrente, que la inexigibilidad de licencia aparece expresamente pactada en el Pliego de Condiciones, porque la exigibilidad es una determinación de orden público normativo y que no puede quedar, por tanto, al arbitrio de los deseos de nadie, si bien debe aclararse que, en razón a las circunstancias concurrentes, la actividad de control del proyecto y el consiguiente levantamiento de las trabas legales para que se pueda construir el aparcamiento (finalidad última de la autorización) se manifiesta aquí, no en forma de " licencia ", sino de "aprobación del proyecto presentado".

Es correcta, por tanto, la declaración de la sentencia de instancia de que "la obra está sujeta a la facultad de control municipal que exige el artículo 101 de la Ley 39/1988 y, desde este punto de vista, sujeta al ICIO , porque en la presentación para aprobación del proyecto y consiguiente control municipal , se subsume la solicitud de licencia , elemento necesario para la producción del hecho imponible y para la sujeción al impuesto".

CUARTO.- Si bien la recurrente centraba el recurso de forma esencial en la inexistencia del hecho imponible, dada la innecesaridad de licencia, realiza también alegaciones en cuanto a su condición de mera adjudicataria de la obra, que una vez finalizada, no va a ser explotada en modo alguno por ella, sino que va a ser entregada al Ayuntamiento de Móstoles , verdadero propietario y promotor de las obras a través del ente instrumental, por lo que no manifiesta ninguna capacidad contributiva gravada por el impuesto.

La alegación no puede prosperar. La liquidación se gira correctamente a la apelante en su condición de sujeto pasivo sustituto del contribuyente conforme al art 101 texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, , toda vez que fue quien solicitó la licencia y ejecutó la construcción. En cuanto a la consideración del Ayuntamiento de Móstoles como promotor de la obra, lo cierto es que el promotor de la obra, no es dicha Administración territorial, sino la Sociedad Anónima EMASA, que aún participada en un 100% por el Ayuntamiento, no goza de exención tal y como se venía solicitando en vía administrativa, por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el 100.2 texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

CUARTO.- A la vista del actual criterio de la Sala ha de estimarse el recurso de apelación interpuesto por Ayuntamiento de Móstoles

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso presente al estimarse el recurso no procede condena en costas en esta segunda instancia y respecto de las costas de primera instancia el apartado primero del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal en primera o única instancia establece que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. A la vista de la existencia de sentencias anteriores de esta sección debe estimarse la existencia del supuesto de hecho previsto en la norma referido a las dudas de derecho por lo que no ha lugar a la imposición de costas.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Procuradora Doña _____ en nombre y representación del Ayuntamiento de Móstoles y en su virtud revocamos la Sentencia dictada el día 19 de marzo de 2014 por Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 31 de Madrid en el procedimiento ordinario número 159 de 2013 y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Antonio Martínez de la Casa Rodríguez en nombre y representación de la entidad «SHR, Construcciones Civiles y Administrativas S.A.» interpuesto contra la resolución de fecha 12 febrero 2013 del Tribunal Económico Administrativo Municipal de Móstoles que desestimó la reclamación económica número 338/2011 interpuesta contra la resolución del Director General de Gestión Tributaria y Recaudación de fecha 13 septiembre 2011 que aprobó la liquidación definitiva del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, número 11270293 derivada del procedimiento de inspección tributaria número 52/2011-1 con una deuda tributaria de 57.783,34 €. sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por mitad.

Librense dos testimonios de la presente sentencia, uno para remitir al Juzgado en

unión del recurso y el otro para incorporarlo al rollo de apelación.

Una vez hecho lo anterior, devuélvase al órgano a quo el recurso contencioso administrativo con el expediente que, en su día, fue elevado a la Sala y archívese el rollo de apelación.

La presente sentencia es firme no cabiendo contra la misma recurso alguno.

Así por nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.