

## **Contrato de concesión del servicio del suministro de agua: compatibilidad del abono del canon y la tasa por ocupación del dominio público**

### **Planteamiento**

Si la concesionaria del servicio de suministro de agua del ayuntamiento abona a éste un canon variable anual, ¿ese abono la exime del pago de la tasa por uso privativo o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales regulada conforme al régimen especial del art. 24.1 TRLRHL?

Si en el contrato de concesión se incluye la exención de todas las tasas que se puedan derivar por la prestación del servicio de suministro de agua, ¿se puede liquidar la tasa dado que se trata de una clausula ilegal?,

¿Cabe la impugnación indirecta de la ordenanza reguladora de la tasa del 1,5% por carecer de publicación del acuerdo de imposición de la tasa?

### **Respuesta**

En la consulta se plantean diversas cuestiones. En primer lugar, la compatibilidad del abono del canon derivado del contrato de concesión del servicio del suministro de agua con la tasa por uso privativo o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

La tasa por ocupación del dominio público grava la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local (art. 20.3 TRLRHL), que tiene su régimen especial de cuantificación se regula en el art. 24.1.c) TRLRHL, que dispone que:

- *“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:*

*(...)*

- *c) Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.”*

Nada tiene que ver, por tanto, la tasa con el canon derivado del contrato. El canon concesional, según se señala en la Sentencia del TSJ C. Valenciana de 24 de junio de 2009, es un ingreso de

derecho público de naturaleza contractual, es un recurso económico derivado del contrato y que se rige por las condiciones del mismo, es decir, por las reglas y cláusulas del pliego.

Por otra parte, el art. 9 TRLRHL señala que:

- *“No podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales.”*

De ello se deduce no sólo la compatibilidad del abono del canon concesional con el abono de la tasa por ocupación del dominio público, sino la imposibilidad de exención del pago de la misma.

Ello enlaza con la segunda de las cuestiones, y es la imposibilidad de que el pliego recoja una cláusula ilegal, que se debe tener por no puesta. Ahora bien, la adjudicación de la concesión va precedida de un estudio económico financiero que sirve de base para la fijación del canon (art. 285 LCSP 2017). Esto significa que si en el estudio se tuvo en cuenta la exención del pago de la tasa, su liquidación puede dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato de modo que *“se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”* (art. 290.2 LCSP 2017)

Por último, se alude a la posibilidad de impugnación indirecta de la ordenanza. A este respecto, recomendamos la lectura de la consulta *“¿Es posible impugnar una ordenanza fiscal de forma indirecta a través de un recurso contencioso-administrativo?”*, que indica que:

- *“En principio, contra los actos administrativos de aplicación de los tributos sólo cabe interponer el recurso de reposición previsto en el art. 14 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -TRLRHL-, que en su apartado 2.a) establece el objeto y la naturaleza del recurso, al disponer que “son impugnables, mediante el presente recurso de reposición, todos los actos dictados por las entidades locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de derecho público,”*

Sin embargo, para impugnar una ordenanza fiscal, como tiene naturaleza reglamentaria, el art. 19.1 TRLRHL dispone que no cabe contra ellas otro recurso que el contencioso-administrativo, que se puede interponer a partir de su publicación en el BOP.

Pero la jurisprudencia y la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa -LJCA-, admite lo que se denominan la impugnación indirecta de las ordenanzas. Ello ocurre cuando se recurre directamente un acto administrativo de aplicación de un tributo basado en la ilegalidad de un precepto de una ordenanza fiscal vigente, por lo que en la práctica lo que se hace es impugnar la ordenanza fiscal pero indirectamente.

Así, el art. 26 LJCA dispone que:

- *“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.*

- *2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.”*

Ahora bien, para que quepa este recurso indirecto contra la ordenanza es preciso que esta haya entrado en vigor y el art. 17.4 TRLRHL señala que:

- *“En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.”*

Por tanto, la ordenanza de referencia no ha entrado en vigor, por lo que no cabe recurso indirecto, ya que la ordenanza es nula, de lo que se deduce que la tasa no se puede liquidar.

El TS ha declarado la nulidad de pleno derecho de la ordenanza por este motivo. Entre otras, la Sentencia de 5 de febrero de 2009, que recogiendo las citas de otros muchos pronunciamientos, señala:

- *“en sentencia de 1 de julio de 1991 declaramos la «nulidad radical» de una Ordenanza fiscal porque en la publicación del acuerdo de aprobación inicial se omitió, como complemento de la constancia de su anuncio en el BOP, su «exposición en el Tablón de Anuncios de la Corporación». « Dicho trámite o requisito de la "exposición" -dijimos-, por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo.”*

## **Conclusiones**

**1ª.** El canon concesional se deriva de un contrato en tanto que la tasa se devenga como consecuencia del aprovechamiento del dominio público local, de lo que se deduce que el abono de ambos es compatible.

**2ª.** No es posible la exención de tributos locales fuera de los supuestos establecidos en las leyes.

**3ª.** En caso de ruptura del equilibrio económico de la concesión, por no haber tenido en cuenta en el estudio económico el pago de la tasa, habrá que compensarle al concesionario.

**4ª.** En todo caso, no es posible liquidar la tasa habida cuenta que la ordenanza no ha entrado en vigor por falta de publicación de la misma.