



Roj: **STS 8294/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:8294**

Id Cendoj: **28079130022009101181**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **12/11/2009**

Nº de Recurso: **9304/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN GONZALO MARTINEZ MICO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados anotados al margen, el presente recurso de casación num. 9304/2003, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ALICANTE y por AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, EMPRESA MIXTA, representados por sendos Procuradores y dirigidos por Letrado, contra la sentencia dictada, con fecha 28 de julio de 2003, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el num. 752/2000 sobre modificación de tarifas del servicio de alcantarillado y por conservación de contadores.

Comparece como parte recurrida D. Primitivo , recurrente en la instancia, representado por Procurador y dirigido por Letrado.

La sentencia tiene su origen en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento en Pleno de Alicante, en sesiones celebradas el 21 de diciembre de 1990 y el 10 de noviembre de 1998, acordó atribuir a las contraprestaciones de los servicios de conservación de los contadores del suministro domiciliario de agua primero y después a las del servicio de alcantarillado, hasta entonces precios públicos, la naturaleza de tarifas o precios privados, a título de ingresos propios de la sociedad que presta dichos servicios, Aguas Municipalizadas de Alicante, Empresa Mixta, atribuyendo la modificación de su cuantía al Alcalde o al correspondiente Concejal Delegado. Desde entonces dichas tarifas han venido siendo actualizadas anualmente por Resoluciones del Concejal Delegado de Empleo y Fomento.

Son las *Resoluciones de 15 de noviembre de 1999*, de actualización de las tarifas de conservación de contadores y de alcantarillado a aplicar a partir de 1 de enero de 2000, las que fueron objeto, por parte de D. Primitivo , primero de recurso de reposición y, posteriormente, de recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- Por Decreto de 15 de febrero de 2000, el Concejal Delegado de Empleo y Fomento del Ayuntamiento de Alicante, en nombre del Alcalde Presidente, desestimó el recurso de reposición interpuesto el 11 de enero de 2000 por D. José Juan Server Gallego, en representación de D. Primitivo , contra los decretos de fecha 15 de noviembre de 1999 de aprobación de la "Modificación de Tarifas por Conservación de Contadores" y "Modificación de Tarifas de Alcantarillado".

El Decreto de referencia entendió que la tarifa por conservación de contadores tiene naturaleza de precio privado, conforme al Informe de la Intervención Municipal de fecha 16 de noviembre de 1990 y al acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 1990.

Así mismo, la tarifas de alcantarillado tienen naturaleza de precio privado conforme a los Informes emitidos por el Interventor Municipal y al acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 1998.



La aprobación de ambas tarifas corresponde al Ayuntamiento, como Entidad a la que compete el control de los precios que se aplican en la gestión indirecta del servicio, mediante concesión administrativa.

El órgano competente para resolver tanto la "Modificación de Tarifas por Conservación de Contadores" como la "Modificación de Tarifa del Servicio de Alcantarillado" es el Alcalde, por aplicación del art. 21 apartado s) de la *Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, según la redacción dada por la *Ley 11/1999, de 21 de abril*, y, por su delegación del día 14 de julio de 1999, el Concejal Delegado para asuntos de Fomento.

TERCERO.- Contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Alicante en fecha 15 de febrero de 2000, D. Primitivo promovió recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que fue turnado al Juzgado num. 1 de los de Alicante, que, por Auto de 18 de mayo de 2000, declaró su incompetencia objetiva para conocer del recurso por corresponder el conocimiento del mismo a la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Con fecha 12 de febrero de 2001 el recurrente presentó escrito ante la Sala competente solicitando que el recurso contencioso-administrativo interpuesto se ampliase a los acuerdos del Concejal Delegado de Empleo y Fomento del Ayuntamiento de Alicante de fecha 14 de noviembre de 2000 por los que se aprobaban las nuevas tarifas de los servicios municipales de Alcantarillado y conservación de contadores. El recurso fue resuelto por la Sección Primera de la Sala en sentencia de 28 de julio de 2003, cuyo fallo era del siguiente tenor literal: "Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Tarsilli Lucaferri, en nombre y representación de D. Primitivo, contra resoluciones denegatorias de los recursos de reposición interpuestos contra resolución del Sr. Concejal Delegado de Empleo y Fomento del Ayuntamiento de Alicante de 15 de noviembre de 1999 y 14 de noviembre de 2000, en materia de tasas por prestación de servicios de conservación de contenedores y alcantarillado. Reconociendo el derecho a la correspondiente devolución. Sin hacer pronunciamiento sobre las costas procesales".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia el Ayuntamiento de Alicante y la entidad AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, EMPRESA MIXTA, prepararon ante el Tribunal "a quo" el presente recurso de casación que, una vez tenidos por preparados en Providencia de 23 de octubre de 2003, fueron interpuestos en plazo ante esta Sala, desarrollándose después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y formalizada por la representación procesal de la parte recurrida su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 11 de noviembre de 2009, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Mico, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para centrar la cuestión litigiosa, la **sentencia recurrida** recordaba que la actora fundó su pretensión impugnatoria en que la contraprestación patrimonial exigida a los usuarios de los servicios de alcantarillado y conservación de contadores no es otra cosa que una tasa, por lo que las resoluciones impugnadas, de fechas 15 de noviembre de 1999 y 14 de noviembre de 2000, son nulas de pleno derecho por haber sido adoptadas por órgano manifiestamente incompetente, prescindiendo totalmente del legalmente establecido dado que por su naturaleza corresponde al propio órgano de ordenación de tributos locales mediante las correspondientes Ordenanzas (art. 62 de la Ley 30/1992), dado que su aprobación, en virtud de lo dispuesto en los arts. 22.2.e) y 47.h) de la Ley 7/1985, está reservada al Pleno Municipal.

Centrada así la cuestión, debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que la empresa que presta el servicio de alcantarillado y conservación de contadores tiene el carácter de mixta, prestando lo que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público y, por ello, es la naturaleza de ésta, y no la del ente que desempeña la gestión, la determinante, a efectos de la aprobación de sus tarifas, del procedimiento legal, lo que lógicamente afecta a la validez de las mismas, y si estamos ante una prestación pública, lógicamente será el Pleno de la Corporación el competente para establecer o modificar, mediante Ordenanzas, los precios que constituyan las mismas, ello a diferencia de los precios no considerados de carácter público por no ser obligatorios, por no indispensables y en consecuencia optativos y susceptibles de ser prestados con carácter privado; por lo tanto, es una tasa la contraprestación a la que el sujeto pasivo debe hacer frente como consecuencia del servicio que le es impuesto, respecto al que no puede efectuar opción alguna y, por ello la competencia para su aprobación, modificación, ... etc., corresponde única y exclusivamente al Pleno de la Corporación Municipal, en este punto mediante una interpretación del art. 48.1 LHL acorde con la imposición por parte de los arts. 15 y 16 de LHL de la competencia a las Corporaciones Locales respecto a la aprobación de las Ordenanzas Fiscales, vehículos estos que le son propios como medio de regular los tributos que le son propios, y qué duda cabe que dentro de esta competencia, determinada por el carácter público, se encuentra



la que es objeto de debate en estos autos, auténtica tasa y por ello reservada en cuanto a su aprobación y modificación al Pleno Municipal, debiendo rechazarse la posibilidad de delegación a los fines antes expuestos.

SEGUNDO.- 1. Los **motivos** en los que el **Ayuntamiento de Alicante** basa su **recurso de casación** son los siguientes:

Primero.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, según el art. 88.1 .c) puesto en relación con el art. 67.1 ambos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

La sentencia no se ha pronunciado sobre dos cuestiones controvertidas en el proceso:

a) Una de las pretensiones del Ayuntamiento de Alicante fue que por el Tribunal Superior se declarase la inadmisibilidad del recurso interpuesto por D. Primitivo , así consta claramente en el Fundamento de Derecho Tercero de su escrito de contestación a la demanda.

b) La segunda de las pretensiones planteadas por el Ayuntamiento consistía en que por el Tribunal Superior se declarase la improcedencia de la devolución de ingresos indebidos respecto de las tarifas abonadas previamente por el Sr. Primitivo . Pretensión que el Ayuntamiento dejó patente en el Fundamento de Derecho Quinto de su contestación a la demanda.

En ambas pretensiones se ha producido, por parte de la sentencia aquí recurrida, una incongruencia omisiva, puesto que el órgano judicial ha dejado sin contestar dos de las pretensiones sometidas a su consideración por el Ayuntamiento, sin que quepa interpretar su silencio al respecto como una desestimación tácita, no pudiendo deducirse tal desestimación tácita del conjunto de razonamientos contenidos en la sentencia.

Segundo.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate según el art. 88.1 .d) puesto en relación con el art. 86.4, ambos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa . Se considera infringido el art. 20 de la Ley de Haciendas Locales y la jurisprudencia aplicable.

a) El régimen de derecho público como presupuesto para conceptuar como tasa las tarifas de alcantarillado y mantenimiento de contadores.

En la Letra B) del art. 20.1 de la LHL 39/1988, de 28 de diciembre , se dice --en un primer momento-- que tendrá la consideración de tasa las prestaciones patrimoniales que se establezcan por "la prestación de un servicio público... en régimen de derecho público de competencia local", siempre y cuando --se dice en un segundo momento-- se produzca cualquiera de las circunstancias que se contemplan en las letras a) o b) que a continuación le siguen.

Cuando se dice que tendrá la consideración de tasa "la prestación de un servicio público... en régimen de derecho público de competencia local", se está indicando que la tarifa de un servicio local tendrá la naturaleza de tasa siempre y cuando se cumplan las dos siguientes circunstancias: 1ª) que se trate de un servicio público de la competencia local; 2ª) que el servicio público en cuestión se preste o realice en régimen de derecho público

Por muy servicio público local que sea el que nos ocupe, por muy incluido que se halle en el art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), si no se cumple la segunda de las dos circunstancias, es decir, la de prestarse el servicio en régimen de derecho público, debe concluirse que a la tarifa, a la contraprestación económica por la prestación del servicio, deberá asignársele la condición de precio privado y no la de tasa (tributo).

La empresa de economía mixta a través de la cual se presta el servicio de suministro de agua potable, la conservación de los contadores y el alcantarillado en la ciudad de Alicante se aloja dentro de las formas de gestión de derecho privado, habría que concluir que las tarifas de tales servicios pueden y deben conceptuarse como precio privado, por lo que, asimismo, resultaría legalmente correcto el tratamiento que bajo tal carácter o condición se le viene dispensando por el Ayuntamiento de Alicante.

A fortiori se debe tener en cuenta que el 20.4.t) de la LHL conceptúa como tasa la contraprestación económica por la "distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos, incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por Entidades locales".

b) La doctrina jurisprudencial entiende que la contraprestación económica establecida por el uso de un servicio tiene naturaleza privada cuando dicho servicio se presta en régimen de gestión contractual (concesionario o empresa de economía mixta).



En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/8484), 26 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1412) y 2 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/7094).

2. Los motivos de casación en que se funda la entidad AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, EMPRESA MIXTA son los siguientes:

Primero.- Por el motivo del apartado c) del art. 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El recurso de casación se funda en el motivo contemplado en el art. 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción y, más concretamente, en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Conforme exige el art. 67.1 de la Ley jurisdiccional, la sentencia "decidirá todas las cuestiones controvertidas en el recurso". Pues bien, la sentencia de instancia elude pronunciarse y, desde luego, elude motivar dos de las alegaciones fundamentales contenidas en los escritos de contestación a la demanda y de conclusiones, tanto de la parte codemandada como del Ayuntamiento demandado: la primera relativa a la inadmisibilidad del recurso y la segunda a la improcedencia de la devolución de lo ingresado por cuanto ello generaría un enriquecimiento injusto para el demandante. Y, además la motivación acerca de la naturaleza de las contraprestaciones patrimoniales, en cuestión, es claramente insuficiente.

En la sentencia que nos ocupa la incongruencia omisiva es patente --dice esta parte recurrente-- con respecto a los estrictos motivos de oposición a las pretensiones de la demandante que a continuación se detallan:

a) Falta de pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso.

La inadmisibilidad del recurso la fundó AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE y el propio Ayuntamiento de Alicante en que la naturaleza controvertida de tarifas o precios privados de las contraprestaciones que los usuarios satisfacen directamente a Aguas Municipalizadas de Alicante --no al Ayuntamiento-- trae causa de acuerdos adoptados en sesión del Pleno municipal, celebrada el 21 de diciembre de 1990, por lo que se refiere al servicio de conservación de contadores, establecido ya de inicio como tarifa privada; y del acuerdo, también aprobado en sesión plenaria, de 10 de noviembre de 1998, por el que se sustituyó la naturaleza de tasa por la de precio privado de la tarifa del servicio de alcantarillado.

Dichos acuerdos, conocidos por el recurrente en instancia, no fueron jamás impugnados, por lo que han devenido definitivos y firmes. Así y por lo que se refiere a la naturaleza de precios privados de las tarifas aprobadas por las resoluciones efectivamente recurridas en este proceso, de 15 de noviembre de 1999 y de 14 de noviembre de 2000, dictadas por el Concejal Delegado de Empleo y Fomento --en ejercicio de delegación de la Alcaldía de 14 de julio de 1999--, son consecuencia y reproducción de los referidos acuerdos del Pleno y se limitan a revisar y modificar las tarifas de ambos servicios, manteniendo la naturaleza de precios privados que les había atribuido el Ayuntamiento Pleno mediante los referidos acuerdos de 1990 y 1998.

Pues bien en la sentencia que se recurre en casación no hay la más mínima alusión a esta cuestión de inadmisibilidad, claramente formulada y debidamente fundada, tanto por AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE como por la representación del Ayuntamiento de Alicante.

b) Falta de pronunciamiento sobre la oposición a la devolución de ingresos.

Frente a la pretensión del demandante de devolución de los ingresos en concepto de las tarifas recurridas, tanto AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE como la representación del Ayuntamiento opusieron que, sin perjuicio de la controversia sobre su naturaleza tributaria o no, las tarifas satisfechas por el recurrente, en su condición de usuario de los servicios de conservación de contadores y de alcantarillado, constituyen contraprestaciones por unos servicios efectivamente prestados, cuya devolución supondría un manifiesto enriquecimiento injusto para el demandante. La sentencia no considera en absoluto esta cuestión y, sin motivación alguna, reconoce el derecho a la devolución solicitada.

Además, tampoco se tiene en consideración el motivo de oposición de esta parte a la devolución, en el sentido de que las tarifas en cuestión han sido percibidas por Aguas Municipalizadas de Alicante y no por el Ayuntamiento, por lo que es imposible que se tramite un procedimiento de devolución de ingresos indebidos, previsto por el ordenamiento de aplicación para los ingresos de naturaleza tributaria o, en todo caso pública, pero nunca para los de naturaleza privada y, a más abundamiento, no percibidos por una Administración pública, sino por un tercero privado. La sentencia recurrida no se pronuncia, en absoluto, con respecto a este otro motivo de oposición.

c) Insuficiente, o inexistente, motivación de la naturaleza de tasas.

La motivación de la sentencia al respecto se limita, en su breve Fundamento de Derecho Segundo, a pronunciarse sobre la naturaleza de tasas de las contraprestaciones controvertidas, frente a la de precios



privados establecida por el Ayuntamiento de Alicante, no en las resoluciones impugnadas, sino en acuerdos plenarios definitivos y firmes.

Segundo.- Por el motivo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

a) Infracción de los arts. 20 y 48.1 de la Ley de Haciendas Locales, así como de la jurisprudencia sobre potestad **tarifaria** local.

La sentencia impugnada infringe específicamente el apartado B) del art. 20.1 de la Ley de Haciendas locales, en la medida en que dicho precepto limita el hecho imponible de las tasas a la prestación de un servicio público en régimen de derecho público, excluyendo por tanto las formas de gestión de derecho privado, como es el caso de las sociedades mercantiles de economía mixta. Dicho art. 20.1.B) de la Ley de Haciendas Locales no puede ser más claro al respecto cuando precisa que sólo pueden tener naturaleza de tasa: "La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público...".

Y en el mismo sentido define las tasas el art. 26.1.a) de la Ley General Tributaria: "Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste..., en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho Público...".

Y para más precisión, el apartado t) del párrafo 4 de ese mismo art. 20 de la Ley de Haciendas locales, con respecto al servicio de distribución de agua, circunscribe la tasa al servicio prestado directamente por la Entidad Local.

Se infringe además el citado art. 20 de la Ley de Haciendas Locales, en relación con los arts. 2 y 6 de la misma Ley, habida cuenta de que las tasas constituyen ingresos de Derecho Público de naturaleza tributaria, contemplados como tales en los Presupuestos de la Entidad local e ingresados por su Tesorería, características que no pueden tener las tarifas impugnadas, no contempladas en los Presupuestos del Ayuntamiento de Alicante, sino en los estados de previsión de una empresa privada, Aguas de Alicante, y por ella percibidos como derechos contractuales propios, y no del Ayuntamiento. Por otra parte, se infringe el art. 48.1 de la misma Ley de Haciendas Locales que, referido al establecimiento y fijación de precios públicos, nada tiene que ver con la controversia mantenida en el litigio, sobre la naturaleza de tasas o de precios privados que deben tener las tarifas cuestionadas.

En realidad, tanto en la Ley General Tributaria y en la de Tasas y Precios Públicos, como en la de Haciendas Locales, ya sea en su redacción original o en la dada luego por la Ley 25/1998, únicamente consideran tasas --o precios públicos en su caso-- las contraprestaciones por servicios que, además de las características citadas de titularidad pública, monopolio, obligatoriedad y necesidad se prestan en régimen de Derecho Público. Es decir, que se prestan por medio de una forma de gestión directa y por ente público, ya sea la propia Administración, en este caso el Ayuntamiento, titular del servicio, o bien un organismo autónomo creado al efecto por la Corporación municipal.

En cambio, cuando la forma de gestión del servicio --el de suministro domiciliario de agua y de alcantarillado, en nuestro caso-- es de Derecho Privado, ya sea directa pero a cargo de una sociedad de capital íntegramente público, o bien indirecta por concesión o sociedad de economía mixta, --como es el caso de "Aguas Municipalizadas de Alicante, Empresa Mixta"--, las contraprestaciones que satisfacen los usuarios quedan, en principio, excluidas del régimen de las tasas.

En el supuesto de los servicios contratados a Aguas de Alicante, como en la mayoría de supuestos de gestión indirecta por concesión o empresa mixta, las condiciones del correspondiente contrato administrativo de gestión del servicio público atribuyen la titularidad de la contraprestación --y, por lo tanto, del producto de la gestión cobratoria-- al gestor privado ya sea concesionario o empresa mixta. En esta modalidad de gestión económica, la tarifa del servicio ya no llega a figurar como ingreso en el Presupuesto de la Corporación; y por el mismo motivo la gestión del servicio tampoco está contemplada como un gasto, en la medida que los costes del servicio corren a cargo del concesionario, empresa mixta o empresa municipal, que los afrontan mediante los ingresos propios generados por la tarifa de titularidad estrictamente privada. Y con respecto a las relaciones jurídicas ya no hay una doble relación del Ayuntamiento, tributaría con los usuarios/contribuyentes y contractual con el gestor; sino una relación de control administrativo entre la entidad local y el gestor del servicio, y otra relación también contractual, pero de derecho privado, entre el gestor del servicio y el usuario o abonado. A las tarifas así configuradas no se les podrá atribuir la condición de ingresos o recursos de Derecho público que, por su propia naturaleza y definición, deben figurar siempre en un Presupuesto público. Y si no son recursos de Derecho público, malamente se les puede considerar tributos, ni por lo tanto tasas, en los términos en los que estas exacciones están contempladas en la Ley General Tributaria, en la de Tasas y Precios Públicos, o en la de Haciendas Locales, incluso después de la reforma de la Ley 25/1998.



Pero además del ordenamiento jurídico estatal de aplicación, dice la recurrente que la sentencia impugnada en casación también infringe la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en materia de potestad **tarifaria** local que, de forma reiterada, ha calificado de precios privados las tarifas satisfechas por los usuarios de servicios públicos prestados en régimen de Derecho Privado.

Dice que este Tribunal Supremo –ya desde los años cincuenta– tomó decidido partido por la naturaleza no tributaria de las tarifas de los servicios públicos (SSTS de 8 de mayo de 1953, 22 de marzo y 27 de abril de 1955 y de 5 de mayo de 1956), cuando su gestión se atribuía a entidades de Derecho privado. Esta jurisprudencia pasó en seguida al Derecho positivo, en la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 1958 y, a partir de ahí, se consolida en la década posterior con la sentencia de 9 de abril de 1968 y, sobre todo, con la sentencia de 12 de noviembre de 1970, y se ha mantenido con una expresa voluntad de coherencia en una misma línea jurisprudencial, como pone de manifiesto la sentencia de 26 de julio de 1994 y, ya con posterioridad a la STC 185/1995, las de 27 de septiembre de 1997, 29 de enero de 1998, de 12 de febrero de 1998, de 26 de febrero de 1998, de 4 de marzo de 1998, de 2 de julio de 1999, o la de 30 de abril de 2001.

En esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo establece y mantiene la distinción capital entre "potestad tributaria" y "potestad **tarifaria**", siendo esta última la que ejerce la Administración cuando establece, regula y revisa las tarifas de los servicios públicos. Además, el Tribunal Supremo destaca la diferencia entre los elementos esenciales de los tributos y los elementos económico-financieros propios de las tarifas de los servicios. Así quedan nítidamente delimitadas lo que en expresión de las sentencias citadas son "tasas tributarias o fiscales", de las "tarifas, precios o tasas no fiscales". Pero incluso con respecto a las tarifas que, por las características de la prestación del servicio de gestión directa pública y en régimen de monopolio, deberían ser cualificadas como tasas tributarias, según las reglas del art. 155 del Reglamento de Servicios de 1955, el Tribunal Supremo (STS de 21 de enero de 1993) las asimila a las tarifas cuando quedan sujetas al régimen de autorización de precios (suministro de agua y transporte urbano). Este criterio ha sido modificado por este Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 2 de julio de 1999 por la que se libera a las tasas por servicios municipales de abastecimiento de agua y de transporte urbano, prestados en régimen de Derecho Público, de la política de autorización de precios; confirmándose, al tiempo, que las contraprestaciones por los servicios prestados en régimen de Derecho Privado tienen naturaleza de precios privados pero sujetos por ello a la ulterior autorización de la respectiva Comunidad Autónoma.

En el supuesto de Aguas Municipalizadas de Alicante nos encontramos ante el caso típico de una forma de gestión indirecta de un servicio municipal, prestado en régimen de contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en la modalidad de sociedad mercantil de economía mixta. La retribución de este gestor privado del servicio está constituida por las tarifas que, mediante el régimen y las cuantías que el Ayuntamiento fija, se percibe como recursos propios de la empresa mixta y que, por tanto, no se integran en los presupuestos Generales del Ayuntamiento como recursos de Derecho Público. En definitiva, que las tarifas que los usuarios satisfacen a Aguas Municipalizadas de Alicante no pueden tener, en absoluto, ni la más específica naturaleza de tasas, ni la más general de tributos, y ni siquiera la más genérica de recursos de Derecho Público. La sentencia recurrida desconoce este criterio y se fija, única y exclusivamente, en el carácter obligatorio, esencial e indispensable de los servicios de agua, para colegir de ello la naturaleza de tasa de las referidas contraprestaciones.

TERCERO.- Como hemos visto, tanto el Ayuntamiento de Alicante como la Empresa Mixta de Aguas Municipalizadas de Alicante ponen de relieve que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva y en falta de motivación porque elude pronunciarse y, desde luego, motivar dos de las cuestiones que fueron planteadas en los escritos de contestación a la demanda, tanto del Ayuntamiento demandado como de la parte codemandada: la inadmisibilidad del recurso interpuesto en la instancia y la improcedencia de la devolución de las tarifas abonadas previamente por el recurrente Sr. Primitivo .

A. La inadmisibilidad del recurso la fundaron los recurrente en que los precios privados de las tarifas aprobadas por las resoluciones recurridas traen causa de acuerdos adoptados en sesiones del Pleno Municipal celebradas el 21 de noviembre de 1990, referida al Servicio de conservación de contadores, y 10 de noviembre de 1998, por el que se sustituyó la naturaleza de la tasa por la de precio privado de la tarifa del servicio de alcantarillado. Dichos acuerdos no fueron impugnados, por lo que devinieron definitivos y firmes. Las tarifas aprobadas por las resoluciones recurridas son consecuencia y reproducción de los referidos acuerdos del Pleno. La modificación de las tarifas ahora recurridas son actos de aplicación de actos previos habilitantes que les sirven de cobertura. Al ser reproducción de actos anteriores definitivos y firmes por consentidos no podían ser recurridos (art. 28 de la Ley de la Jurisdicción, puesto en relación con el art. 69 .c) del mismo texto legal).

Con independencia de que la argumentación de los recurrente sea o no correcta en Derecho, es lo cierto que la cuestión planteada por las partes bien merecía un pronunciamiento expreso. Y en este caso, del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución judicial y de las circunstancias concurrentes en el supuesto



de hecho no puede inferirse razonablemente que el órgano judicial tuviese en cuenta la cuestión planteada y la hubiera desestimado tácitamente. Cuando la sentencia que pone fin a un proceso guarda silencio o no se pronuncia sobre alguna de las cuestiones de entidad planteadas por las partes, dejando impregunada o sin respuesta la cuestión sometida a la consideración del órgano judicial, incurre en el vicio de incongruencia omisiva o "ex silentio", que lesiona el derecho de la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el art. 24.1 de la Constitución.

Dado que la sentencia recurrida ha guardado silencio respecto a cuestiones planteadas por la Administración demandada en defensa de la legalidad del acto impugnado y directamente vinculadas a pretensiones de interés público, es patente que ha habido la incongruencia omisiva denunciada; el concepto de omisión abarca más que la adecuación del fallo a lo pretendido por las partes, alcanzando también a las cuestiones planteadas y cuya solución sea necesaria para poder formar el criterio judicial.

Cuentan los recurrentes que por acuerdo del Ayuntamiento de Alicante aprobado en sesión plenaria el 10 de noviembre de 1998 se sustituyó la naturaleza de tasa por la de precio privado de la tarifa del servicio de alcantarillado y que en el momento en que se aprobaron los acuerdos recurridos –15 de noviembre de 1999 y 14 de diciembre de 2000, dictados por el Concejal Delegado de Empleo y Fomento– mantenían su naturaleza de precios privados. Esta situación debe ser censurada porque, sin duda, no tuvo en cuenta que la *Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público*, que restableció la ortodoxia en materia de tasas, preceptuó en su Disposición Transitoria Segunda que antes del 1 de enero de 1999, las Entidades locales habían de aprobar definitivamente y publicar los acuerdos precisos de imposición y ordenación de tributos al objeto de poder exigir tasas con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley 25/1998 en la Sección Tercera del Capítulo III del Título I de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Pues bien, con arreglo al art. 20.4 .r) y t), las Entidades locales deben establecer tasas por los servicios de alcantarillado y utilización de contadores e instalaciones análogas. O sea, que el Ayuntamiento de Alicante vino a configurar, después del 15 de julio de 1998, como precios privados lo que ya entonces debió configurar como tasas a virtud de la reforma que introdujo la Ley 25/1998, de 13 de julio.

Por lo demás, el acto aquí impugnado, que aprueba las nuevas tarifas de determinados servicios municipales, no es reproducción ni confirmación de otros anteriores. El enjuiciamiento de la legalidad de dicho acto habrá de hacerse atendiendo a la normativa vigente en el momento de adopción, siendo totalmente irrelevantes los pretéritos pronunciamientos que el Ayuntamiento haya podido hacer en el pasado respecto a la naturaleza y tratamiento de las tarifas en cuestión.

De admitirse las tesis de las partes recurrentes, habría que concluir que las categorizaciones y declaraciones realizadas por las Corporaciones locales en sus propios actos prevalecen sobre lo dispuesto en las Leyes, de manera que la eventual firmeza de aquéllos determinaría la imposibilidad de hacer valer lo establecido en éstas.

La Administración no puede, mediante un acto administrativo, modificar la naturaleza jurídica de un tributo. Por otro lado, el pliego de condiciones y el contrato de concesión sólo regulan las relaciones entre el concesionario y el Ayuntamiento.

En definitiva, adoptado un acuerdo de fijación de tarifas a cargo de los usuarios, dicho acuerdo puede ser impugnado en su integridad, atendiendo a que resulta contrario a los principios constitucionales y legales en materia tributaria, sin que frente a tal impugnación pueda oponerse la eventual firmeza de acuerdos municipales anteriores. Basta pensar en el mecanismo de la impugnación indirecta para poner de manifiesto la perfecta viabilidad de discutir en cualquier momento la naturaleza jurídica de una prestación patrimonial con ocasión de su devengo y liquidación individual o, como sucede en este caso, con ocasión de la aprobación de las nuevas tarifas.

B. Tanto la Administración municipal demandada como la parte codemandada plantearon en sus escritos de contestación a la demanda la improcedencia de la devolución de lo ingresado que había solicitado el recurrente por cuanto la pretendida devolución generaría un enriquecimiento injusto para el demandante.

La sentencia recurrida reconoce en su fallo el derecho a la correspondiente devolución solicitada, sin más, pronunciamiento que está falto de toda motivación.

La obligación de los Jueces y Magistrados de dictar una resolución fundada en Derecho no puede considerarse cumplida con la emisión de una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional en un sentido determinado, sino que debe ir precedida de una exposición de los argumentos que la fundamentan.

La motivación de la sentencia se justifica no sólo por un elemental principio de cortesía sino por ser una garantía esencial del justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al



caso es consecuencia de una fundamentación razonada que sirve para expresar la vinculación del Juez al Ordenamiento Jurídico de forma que se puedan conocer las razones de su decisión.

No hay, en el extremo objeto de consideración, incongruencia omisiva pero sí ausencia de motivación. Y, en consecuencia infracción de las normas reguladoras de la sentencia, a las que se refiere el motivo del art. 88.1 .c), lo que lleva a la Sala a constituirse en Sala de instancia para, en aras a satisfacer el derecho de la parte aquí recurrente a obtener un tutela judicial efectiva y cumplir con el mandato de congruencia y motivación que nos impone el art. 67 de la LJCA 29/1998 y el art. 218 de la LEC 1/2000 , resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, (art. 95.2 .c) y d) de la LJCA).

CUARTO.- El problema central de la cuestión litigiosa planteada en la instancia y en grado de casación está en la determinación de si las contraprestaciones patrimoniales que satisfacen los usuarios de los servicios de alcantarillado y conservación de contadores, prestados mediante concesión administrativa, son una tasa, con lo que las resoluciones impugnadas serían nulas de pleno derecho al haber sido adoptadas por órgano manifiestamente incompetente, prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido.

El problema de la naturaleza jurídica de las prestaciones que se exigen a los ciudadanos por los servicios públicos, municipales en este caso, no se reduce a la dicotomía entre tasas y precios públicos, pues hay casos, como el que aquí nos ocupa, donde lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de precio privado o tarifa. Nos referimos a los casos en que el servicio es gestionado mediante un Ente público que actúa en régimen de Derecho privado –las Entidades públicas empresariales–, a través de sociedades municipales o por un concesionario. La titularidad pública del servicio nos sitúa, en estos casos, ante la cuestión de si, desde un punto de vista sustantivo, no nos encontramos ante tasas.

En el caso que nos ocupa la empresa que presta el servicio de alcantarillado y conservación de contadores tiene el carácter de mixta, prestando lo que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público Y es la naturaleza de la prestación y no la del ente que desempeña la gestión la determinante a los efectos de la configuración de las tarifas.

La Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público ha efectuado una completa redefinición de las prestaciones exigidas por el uso y aprovechamiento del alcantarillado municipal. Dicha reestructuración ha consistido, principalmente, en la conversión de un buen número de los antiguos precios privados en tasas. De esta forma las prestaciones exigidas se acomodan mejor a su verdadera naturaleza a la vez que se respeta la reserva de Ley proclamada por el art. 31.3 de la Constitución.

Hasta la entrada en vigor de la normativa citada, las tarifas por el uso y aprovechamiento del alcantarillado municipal podían ser calificadas como precios privados, no estando sujetos, por tanto, a la reserva legal.

La configuración de las tarifas por aprovechamiento del alcantarillado como recursos de Derecho privado presentaba, no obstante, serios problemas de encaje constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre . Por eso, no pasó mucho tiempo sin que la doctrina comenzara a afirmar que las tarifas por uso de alcantarillado eran, materialmente, tasas porque nos hallamos ante la prestación de unos servicios en régimen de Derecho Público. Y todo ello con fundamento en la vulneración de la reserva de Ley. Las tarifas no pueden considerarse como un precio público porque, de un lado, se trata de servicios que no están a cargo del sector privado, sino de empresas públicas que, de alguna manera, dependen de las Administraciones públicas locales; de otro lado, son de solicitud obligatoria para los administrados, impuesta por disposiciones legales o reglamentarias y, en cierta forma, la solicitud obligatoria constituye condición previa o simultánea al ejercicio de la actividad de uso y aprovechamiento, de modo que la elusión del pago sólo podría tener lugar absteniéndose del servicio, lo que elimina la libre voluntad.

Por eso en estos casos la tarifa presenta naturaleza de tasa y no de precio privado, con independencia de la modalidad de gestión adoptada, porque parece claro que el servicio que tiene por objeto el uso o aprovechamiento del alcantarillado municipal beneficia a los municipios y es de solicitud obligatoria para los administrados que pretendan tal servicio.

Pero es que, además, hay otra argumentación que nos lleva a idéntica conclusión: hacer depender el carácter obligatorio del servicio de alcantarillado –y, por tanto, la naturaleza de tasa del precio exigido– de que la prestación del servicio exige la ocupación de parte del dominio público local por parte del prestador. Esta circunstancia excluye la concurrencia en la prestación del servicio y, por tanto, determina su obligatoriedad, de conformidad con la STC 185/1995 . No existe concurrencia en la prestación del servicio ni libre elección en la recepción del servicio.

La STC 102/2005, de 20 de abril , ha calificado las tarifas portuarias no ya como prestaciones patrimoniales de carácter público, que también lo son, sino como verdaderas tasas. El Tribunal salvó el escollo de que



los servicios portuarios se presten, en muchas ocasiones, de manera indirecta, acudiendo al art. 2.2.a) de la Ley General Tributaria 58/2003, que ha ampliado la definición de tasa al señalar que "se entiende que los servicios se prestan o las actividades se realizan *en régimen de Derecho Público* cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un Ente Público". La cita expresa de dicha norma supone otorgarle relevancia constitucional. Por tanto, a partir de ahí, la interposición de un concesionario, como ocurre en el caso de autos, no puede servir para excluir la prestación de la categoría de tasa. La contraprestación que se exija por la prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa de competencia municipal tendrá, en todo caso, la naturaleza de tasa cuando ello resulte de lo preceptuado en el art. 20.1, párrafo 2º, letra B del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Esa naturaleza no queda alterada por el mero hecho de que el servicio o actividad de que trate no se preste o realice directamente por la Entidad Local sino que se preste o realice por cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público.

Todo lo anterior indica, como ha puesto de relieve la doctrina, que vamos a asistir, en los próximos años, a una "recalificación" de buena parte de las prestaciones que exigen las Entidades públicas empresariales, las sociedades municipales y los concesionarios a los ciudadanos. En este sentido, debemos recordar, de nuevo, lo dispuesto en el art. 2.2.a) de la LGT. Así, no es solo que el Tribunal Constitucional le haya otorgado relevancia constitucional –lo que es muy importante–, sino que la misma Administración lo está empleando para considerar como tasas prestaciones que hasta el momento tenían la consideración de tarifas, exigidas en régimen de Derecho privado por concesionarios o por sociedades mercantiles públicas.

A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, conformada en su sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, así como en las sentencias 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005 de 10 de mayo, y de su traslación a la reforma de la Ley de Haciendas locales por la Ley 25/1998, de 13 de julio, y, últimamente, al Texto Refundido 2/2004, de 5 de marzo, y a la LGT 58/2003, de 17 de diciembre, no cabe duda de la procedencia de calificar como tasa las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de alcantarillado con independencia de la modalidad de gestión adoptada. Sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión, la contraprestación exigida no puede tener otra naturaleza que la de tasa. Se realiza de este modo una interpretación armónica e integradora de la legislación tributaria general y de la local, al acudir a la LGT 58/2003 para complementar las disposiciones del TR-LRHL; se salva así el obstáculo que pudiera suponer el que no se modificara la normativa tributaria local en el mismo sentido que el art. 2.2.a) de la LGT. El resultado es considerar aplicable en el ámbito local la referencia a que la forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión. Dicha conclusión se apoya en el hecho de que la definición de las categorías tributarias –y entre ellas, de la tasa– constituye una competencia exclusiva estatal al amparo del título "Hacienda General" consagrado en el art. 149.1.14 de la Constitución.

La consecuencia de la argumentación expuesta no es irrelevante: las tasas a recaudar, en cuanto ingreso de Derecho público de la Hacienda municipal, han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta. En este último supuesto, la remuneración que se establezca a terceros, cuestión conceptualmente ajena a la relación tributaria que se produce entre el Ente público acreedor y usuario del servicio municipal, habrá de hacerse con cargo a los presupuestos municipales. Tendría, pues, que alterarse en el caso que nos ocupa, la gestión de la tasa, ingresándose en el presupuesto público municipal, aunque se declarara su afectación al mantenimiento del servicio, con pago final de su importe a la empresa concesionaria.

En definitiva, **la nueva regulación evita que, a través de la interposición de una empresa, se perciba un precio privado**. Como puede comprenderse, la repercusión de este párrafo de la LGT es de una extraordinaria importancia no sólo para el Estado y las Comunidades Autónomas, sino, sobre todo, para las Entidades locales, donde determinados servicios están en manos privadas, percibiendo los ingresos de los ciudadanos.

La consecuencia de cuanto se ha expuesto es que si estamos ante una contraprestación pública, será el Pleno de la Corporación Municipal, sin posibilidad de delegación, el competente para establecer o modificar, mediante Ordenanzas Fiscales, las tasas que los sujetos pasivos deban satisfacer como consecuencia del uso o aprovechamiento del servicio de alcantarillado municipal que le es impuesto, respecto al cual no puede efectuar opción alguna.

QUINTO.- En cuanto a la **devolución de los ingresos indebidos**, es evidente que procede reconocer a favor del recurrente en la instancia el derecho a la devolución de las tarifas abonadas desde el 15 de noviembre de 1999, fecha de los Decretos del Concejal Delegado para asuntos de Fomento del Ayuntamiento de Alicante por los que se aprobaban las tarifas por conservación de contadores y por servicio de alcantarillado.



El derecho a la devolución de las cantidades abonadas por el recurrente en instancia surge como consecuencia de que las exacciones cobradas por la empresa de capital mixto, concesionaria del servicio, carecen de la debida cobertura legal, cual es la correspondiente Ordenanza debidamente aprobada y publicada.

Declarada la nulidad de los actos administrativos objeto del presente recurso, no hay título jurídico alguno que ampare dichas exacciones, lo que convierte en indebidos los ingresos derivados de las mismas.

SEXTO.- En virtud de lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de casación en el sentido de dar respuesta y motivar debidamente las cuestiones previas planteadas por los recurrentes, confirmando, en cuanto al fondo del problema planteado, el pronunciamiento del Tribunal de instancia con la inherente consecuencia de la devolución de las cantidades abonadas por la inicial aprobación de los Decretos municipales anulados.

En materia de **costas**, y en virtud de la parcial estimación del recurso de casación que se acuerda, procede, en virtud de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no hacer imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION

FALLAMOS

Que debemos estimar, y estimamos parcialmente, el recurso de casación formulado por el AYUNTAMIENTO DE ALICANTE y por AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE EMPRESA MIXTA contra la sentencia dictada, con fecha 28 de julio de 2003, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso num. 752/2000, que casamos y anulamos parcialmente en cuanto que no dio respuesta o no motivó debidamente la resolución de las cuestiones planteadas por la parte demandada y codemandada en instancia acerca de la inadmisibilidad del recurso promovido y de la devolución de los ingresos indebidos. Y, en su lugar, estimando la demanda interpuesta por D. Primitivo, anulamos los Decretos de 15 de noviembre de 1999 y 14 de noviembre de 2000, confirmados en reposición por Decreto de 15 de febrero de 2000 del Concejal Delegado de Empleo y Fomento del Ayuntamiento de Alicante que aprobaron la "Modificación de Tarifas por Conservación de Contadores" y la "Modificación de Tarifas de Alcantarillado" reconociendo a D. Primitivo el derecho a la devolución de las tarifas abonadas desde que fueron aprobadas por los Decretos de referencia objeto de anulación. No hacemos imposición de las costas causadas ni en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Rafael Fernandez Montalvo.- Juan Gonzalo Martinez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Angel Agualló Avilés.- Jose Antonio Montero Fernandez.- Rubricados.- **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martinez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.