



Roj: **ATS 1399/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1399A**

Id Cendoj: **28079130012018200299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2018**

Nº de Recurso: **5108/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EMILIO FRIAS PONCE**

Tipo de Resolución: **Auto**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 19/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5108/2017**

Materia: ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: MRG

Nota:

R. CASACION núm.: **5108/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce



D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 19 de febrero de 2018.

## HECHOS

**PRIMERO** .- 1. La procuradora doña Sara Truyols Álvarez-Novoa, en representación de la entidad TIRME, S.A. (en lo sucesivo «TIRME»), presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (completada mediante Auto de 16 de mayo de 2017), que falló estimar el recurso de apelación 403/2016 interpuesto por el Ayuntamiento de Muro (al que se adhirió la mercantil) contra la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Palma de Mallorca que estimó el recurso interpuesto por TIRME contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra el acuerdo en el que, en lugar de abonar a la entidad concesionaria de la gestión del servicio insular de transferencia y tratamiento de los residuos urbanos, las facturas correspondientes a los meses de julio a septiembre de 2011, se compensó de oficio esa deuda con deudas que el Consell Insular de Mallorca mantenía con el propio Ayuntamiento, a raíz de la obra correspondiente a la Estación de Tratamiento de Agua Potable, Fases I y II.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, le achaca la infracción del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [«LGT »] (BOE de 18 de diciembre) y de la jurisprudencia relativa al concepto de tasa; y del artículo 71 LGT , en relación con los artículos 72 y 73 LGT , referidos a la extinción por compensación de deudas tributarias.

3. Razona que las infracciones de las normas estatales denunciadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la sentencia que pretende recurrir, argumentando lo siguiente:

3.1. En relación con la primera de las infracciones denunciadas, la del artículo 2.2.a) LGT , mantiene que «el fallo de la misma se fundamenta exclusivamente sobre la posición previamente adoptada respecto de uno de los debates más encendidos en el ámbito de la prestación de los servicios públicos, el que enfrenta a tasas y tarifas, es decir, ingresos tributarios o precios privados, como mecanismo de financiación de tales servicios. A juicio del Tribunal Superior de Justicia, dichos ingresos deben reputarse siempre tasas cuando retribuyan servicios coactivos, y por consiguiente también en nuestro caso. Y para ello, la Sala de instancia se apoya supuestamente en la doctrina jurisprudencial que ha interpretado el concepto de tasa recogido en el artículo 2.2.a) LGT . En concreto, se nos dice que tal doctrina aparece plasmada en las SSTs de 9 de julio y 24 de septiembre de 2012 , de 22 de mayo de 2014 y de 23 y 24 de noviembre de 2015 , más en todas aquellas otras resoluciones que se citan en las mencionadas sentencias. A juicio del Tribunal, como decíamos, todos estos pronunciamientos jurisprudenciales imponen una interpretación del artículo 2.2.a) LGT que conduce a calificar como ingreso de derecho público, y en particular tasa, cualquier contraprestación satisfecha por un servicio público coactivo. Y este es el argumento, en definitiva, que permite finalmente al Tribunal avalar la legalidad del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Muro, al considerar, por un lado, que la compensación efectuada por éste se produce efectivamente entre ingresos tributarios, y, por otro lado, que el titular del precio que satisfacen los usuarios del servicio de tratamiento de residuos ha de ser el Consejo Insular, y no la entidad concesionaria del servicio» (sic).

3.2. En relación con la segunda de las infracciones, la del artículo 71 LGT , en relación con los artículos 72 y 73 LGT , recuerda que «el objeto del litigio que enfrenta a TIRME (concesionaria del servicio) y al Ayuntamiento de Muro (usuaria del servicio) se centra en el debate sobre la legalidad del acuerdo de compensación de créditos (entre el Ayuntamiento y el Consejo Insular) que adoptó la Administración municipal al atribuir naturaleza tributaria a las cantidades que debe satisfacer por la prestación del servicio de tratamiento de residuos» (sic). Destaca que la Sala de instancia, toda vez haber atribuido naturaleza tributaria a las cantidades citadas, ha desconocido que según lo que resulta de los citados preceptos, es el Consell Insular quien debería haber adoptado la compensación, sin que el Ayuntamiento pudiera hacerlo unilateralmente de manera legal.

4. Entiende que en el recurso de casación preparado concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque se da la presunción de interés casacional del artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»], y las circunstancias de interés casacional de las letras c ) y e) del artículo 88.2 LJCA .



**4.1.** La sentencia afecta a un gran número de situaciones y trasciende del caso concreto, al incidir con especial énfasis sobre un extremo, el que se refiere a la naturaleza jurídica de los ingresos derivados de la prestación de los servicios públicos concesionados, que tiene proyección sobre una infinidad de situaciones [ artículo 88.2.c) LJCA ].

**4.2.** Interpreta y aplica aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional, relativa a las prestaciones patrimoniales de carácter público que, contrariamente a lo pretendido por la sentencia de instancia, de ninguna manera impone la equiparación entre contraprestación de servicios públicos coactivos y tasa- tributo. Al contrario, la aplicación escrupulosa de esa doctrina admite, sin ninguna dificultad, la aplicación de tarifas para la retribución del concesionario de servicios públicos prestados en condiciones de coactividad [ artículo 88.2.e) LJCA ].

**4.3.** Finalmente, indica que el debate que pone al descubierto la sentencia de la Sala incide sobre un campo huérfano de jurisprudencia [ artículo 88.3.a) LJCA ]. No en el sentido de que no existan pronunciamientos al respecto sino en el sentido de que no hay una doctrina clara y constante en relación a la opción tasa-tarifa. Revela que la jurisprudencia ha ido variando su criterio a lo largo del tiempo, no siempre ha sido consecuencia de los cambios legislativos producidos.

**5.** Considera necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo que despeje y aclare las incertezas y dudas actuales y, en su caso, determine con precisión cuáles son las consecuencias que han de resultar de la atribución de una u otra calificación, tasa o tarifa, sobre la definición de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación de servicios públicos concesionados.

**SEGUNDO** .- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 28 de julio de 2017, emplazando a las partes para su comparecencia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. Las partes procesales han comparecido dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce, .

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** .- **1.** El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89.1 LJCA ), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación ( artículo 86 LJCA , apartados 1 y 2) y TIRME se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89.1 LJCA ).

**2.** En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas de Derecho estatal que se reputan infringidas, y se justifica que fueron alegadas en el proceso, tomadas en consideración por la Sala de instancia o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas; también se justifica que su infracción ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia impugnada [ artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)].

**3.** En el repetido escrito se justifica, con especial referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo, porque la cuestión que suscita este recurso se refiere a preceptos sobre los que no existe jurisprudencia [ artículo 88.3.a) LJCA ]; porque la sentencia afecta a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso. ( artículo 88.2.c) LJCA ), y, finalmente, porque la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional ( artículo 88.2.e) LJCA ). De las razones que esgrime para justificar la concurrencia de interés casacional objetivo se infiere nítidamente la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que puede darse por cumplido lo exigido por el artículo 89.2.f) LJCA .

**SEGUNDO** .- **1.** Tanto el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Palma de Mallorca como la sala de instancia parten de los siguientes hechos indiscutidos, que constituyen el origen de la controversia:

a) TIRME ha venido actuando como concesionario del servicio insular de transferencia y tratamiento de los residuos urbanos, servicio cuya prestación corresponde al Consell Insular de Mallorca.

b) El Consell Insular de Mallorca aprueba una tarifa y la entidad se la cobra directamente a todos los municipios de la isla.

c) La concesionaria prestó el servicio de transferencia y tratamiento de los residuos urbanos al Ayuntamiento de Muro y le pasó al cobro las facturas que reflejaban las tarifas correspondientes a los meses de julio a septiembre de 2011. Sin embargo, el consistorio entendió que dichas cantidades constituían tasas y, aún siendo deudor tributario de las mismas, procedió a compensarlas de oficio con otras deudas que el Consell



Insular mantenía con el propio Ayuntamiento a raíz de la obra correspondiente a la Estación de Tratamiento de Agua Potable, fases I y II.

2. El Juzgado de lo contencioso-administrativo (FD 4º) entendió que las cantidades a satisfacer por la prestación del citado servicio público son un ingreso de derecho público. Ahora bien, no consideró de aplicación ni la compensación prevista en los artículos 1195 y 1202 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil [«CC»] (BOE de 25 de julio), ni la prevista en el artículo 71 LGT. La primera por cuanto requiere que se den una serie de requisitos, regulados en el artículo 1196 CC: «Para que proceda la compensación, es preciso: 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3.º Que las dos deudas estén vencidas. 4.º Que sean líquidas y exigibles. 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor»; considerando que si bien parece que se cumplen los requisitos 2 a 5 de los reseñados, no puede predicarse lo mismo respecto del número 1, pues al mediar una concesión y ser la concesionaria la que presta el servicio y liquida la tasa, es palmario que el Ayuntamiento y el Consell no están principalmente obligados entre sí. La segunda forma de compensación tampoco es aplicable, a juicio del Juzgador, porque el artículo 71 LGT solo contempla la compensación como forma de extinción de las deudas tributarias, a cuya naturaleza no responde la deuda debatida, ni estamos ante un procedimiento tributario de apremio o en vía ejecutiva en el cual deba aplicarse la compensación como forma de extinción de la deuda.

3. La sala de instancia estima el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Muro (y desestima la adhesión de TIRME). Tras asumir y reproducir la doctrina recogida en las últimas sentencias del Tribunal Supremo (de 9 de julio de 2012 [casación 62/2010, ES:TS:2012:5230], de 24 de septiembre de 2012 [casación 4788/2010, ES:TS:2012:6041], de 22 de mayo de 2014 [casación 640/2011, ECLI; ES:TS:2014:2190] y de 23 y 24 de noviembre de 2015 [casación 232/2014; ES:TS:2015:5036; y casación 4091/2013, ES:TS:2015:5037]) así como el marco jurídico establecido en la LGT, tanto en su redacción original como después de la modificación y supresión del artículo 2.2.a) llevada a cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo) - en relación con los supuestos de prestación directa o indirecta de servicios obligatorios municipales-, interpreta que la contraprestación satisfecha por el usuario del servicio reviste la naturaleza jurídica de tasa. Infiere, así, que: «es mediante una tasa como los usuarios han de financiar el servicio público obligatorio; y ello con independencia de la forma en que ese servicio se gestione, siempre que se trate de servicios de recepción obligatoria - artículo 25.2.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales »(FD 2º).

En particular, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 extrae las siguientes consideraciones: 1) que es doctrina constitucional que la forma o régimen con que se preste el servicio público por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación; 2) que la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas; y 3) que lo esencial es, en todo caso, determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos. Igualmente, deduce la sala de instancia que en la sentencia de 24 de noviembre del mismo año, el Alto Tribunal ha reiterado su doctrina al señalar: 1) que la contraprestación de un servicio municipal obligatorio es una tasa, con independencia de cuál sea el régimen jurídico del servicio, esto es, tanto si se trata de gestión directa municipal como si se trata de gestión indirecta -concesión administrativa por un tercero; y 2) que esa doctrina vale tanto para los casos anteriores a la Ley 2/2011 como para los casos posteriores.

4. La entidad recurrente afirma que el planteamiento seguido por la sala de instancia no se ajusta a Derecho ni responde al que es el parecer mayoritario expresado por el Tribunal Supremo respecto a la noción de tasa recogida en el artículo 2.2.a) LGT. En particular, valora que la conclusión expresada en la Sentencia de 23 de noviembre de 2015, en la que gravita la sentencia recurrida, no constituye un válido fundamento por cuanto no ha sido confirmada por ninguna resolución posterior; porque se asienta sobre una premisa que representa una excepción al planteamiento mayoritariamente sostenido por la doctrina jurisprudencial en cuanto al impacto de la Ley de Economía Sostenible de 2011 y porque no se adecúa al correcto sentido de la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público. A su parecer, la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 de ningún modo permite afirmar, contrariamente a lo que expone la sala de instancia, que la contraprestación de servicios públicos coactivos deba ser siempre y en todo caso una tasa, prescindiendo por completo del régimen público o privado, de prestación. Por todo ello, la sentencia dictada por la Sala de instancia maneja un concepto de tasa que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 2.2.a) LGT lo que le lleva, igualmente, a una indebida aplicación de la figura de la compensación, infringiendo por ello el artículo 71.1 LGT, en relación con los artículos 72 y 73 LGT. En cualquier caso, añade, aun en el hipotético caso de que se atribuyera naturaleza tributaria a aquellas cantidades, el resultado final debería ser el mismo pues según lo que resulta de los citados preceptos, la extinción de deudas tributarias por



compensación corresponde adoptarla a la Administración tributaria, y no al deudor. O lo que es lo mismo, en nuestro caso, la compensación debería haberla acordado el Consejo Insular, sin que el Ayuntamiento pudiera hacerlo unilateralmente de manera legal.

5. En esta tesitura, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tal y como hizo en el Auto de 15 de septiembre de 2017 (recurso 479/2017, ES:TS:2017:9730A) considera que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Si bien nos hallamos ante una cuestión que no es totalmente nueva sí que pervive su carácter litigioso, no exento de matices e interpretaciones que reavivan un debate jurisprudencial y doctrinal, no totalmente solventado, requirente de una nueva respuesta por parte de este Tribunal, por lo que el presente caso de entrada plantea ya la siguiente cuestión:

Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, en su redacción posterior a la Ley de Economía Sostenible, relativo a naturaleza jurídica de las cantidades cobradas a los usuarios del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuando es prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias.

6. Si, en respuesta a la primera cuestión, se interpretase que la contraprestación satisfecha por el usuario del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, prestado en régimen de concesión, reviste la naturaleza jurídica de tasa, surgiría una cuestión más:

Determinar si es de aplicación la compensación prevista en el artículo 71 LGT, en relación con los artículos 72 y 73 LGT.

7. Si la respuesta a la segunda cuestión fuese afirmativa, surgiría, por fin, una última cuestión:

Determinar a quién le corresponde adoptar la extinción de deudas tributarias por compensación, ex artículo 71, en relación con los artículos 72 y 73 LGT.

8. Las tres cuestiones enunciadas están claramente vinculadas con las razones principales que han sido esgrimidas por la entidad recurrente en su escrito de preparación y las tres presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque son susceptibles de afectar a un gran número de situaciones, al trascender del caso concreto objeto del proceso [ artículo 88.2.c) LJCA ], al incidir con especial énfasis sobre un extremo, el que se refiere a la naturaleza jurídica de los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos concesionados, siendo conveniente un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva como criterio orientador de los tribunales inferiores así como pacificador de la situación controvertida.

9. La concurrencia de interés casacional objetivo por las razones expuestas hace innecesario determinar si concurren las otras alegadas por la entidad recurrente en sus escrito de preparación del recurso para justificar su admisión.

**TERCERO.-** 1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto serán, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, las cuestiones precisadas en los puntos 5, 6 y 7 del anterior fundamento jurídico de esta resolución.

2. Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son: los artículos 2.2.a) y 71 LGT, en relación con los artículos 72 y 73 de la citada Ley.

**CUARTO .-** Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

**QUINTO .-** Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

1º) Admitir el recurso de casación tramitados con el número RCA/**5108/2017**, preparado por la entidad TIRME, S.A. contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (completada mediante Auto de 16 de mayo de 2017), en el recurso de apelación 403/2016.



2º) Las tres cuestiones concatenadas que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia son:

**Primera.** Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, en su redacción posterior a la Ley de Economía Sostenible, relativo a naturaleza jurídica de las cantidades cobradas a los usuarios del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuando es prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias.

**Segunda.** Si, en respuesta a la primera cuestión, se interpretase que la contraprestación satisfecha por el usuario del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, prestado en régimen de concesión, reviste la naturaleza jurídica de tasa, determinar si es de aplicación la compensación prevista en el artículo 71 LGT, en relación con los artículos 72 y 73 LGT.

**Tercera.** Si la respuesta a la segunda cuestión fuese afirmativa, determinar a quién le corresponde adoptar la extinción de deudas tributarias por compensación, ex artículo 71, en relación con los artículos 72 y 73 LGT.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 2.2.a) y 71 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [«LGT»] (BOE de 18 de diciembre), en relación con los artículos 72 y 73 de la citada Ley.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano