



Roj: **STS 218/2020 - ECLI:ES:TS:2020:218**

Id Cendoj: **28079130022020100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **28/01/2020**

Nº de Recurso: **5964/2017**

Nº de Resolución: **91/2020**

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

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 417/2017,**
ATS 7287/2018,
STS 218/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 91/2020

Fecha de sentencia: 28/01/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5964/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARIS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: CAR

Nota:

R. CASACION núm.: 5964/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 91/2020

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado



D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 28 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto en su Sección Segunda, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 5964/2017, interpuesto por AGUAS CANALIZADAS DE ALCUDIA, S.A. (ACASA), representada por el procurador de los Tribunales D.º José Lledó Moreno, bajo la dirección letrada de D.º Juan Camacho Peña, por AYUNTAMIENTO DE ALCUDIA, representado por el procurador de los Tribunales D.º Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de D.º José Argüelles Pintos y por LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia n.º 231, de 6 de junio de 2017, corregida en cuanto al pronunciamiento sobre costas por auto de 14 de julio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, pronunciada en el recurso n.º 241/2013, estimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra resolución de 22 de abril de 2013 dictada por la Dirección General de Comercio y Empresa, por delegación, que a su vez desestimó el recurso de reposición dirigido contra resolución de la Vicepresidencia Económica, de Promoción empresarial y de Ocupación que autorizaba las nuevas tarifas del servicio de suministro de agua potable de los núcleos del término municipal de Alcudia que provee "Agua Canalizadas de Alcudia".

Ha comparecido como parte recurrida en el presente recurso de casación la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL DE HOTELES Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE ALCUDIA, representada por la procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Dulce Ribot Monjo, bajo la dirección letrada de D.º Josep Alonso Aguiló.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida en casación.

En el recurso n.º 241/2013, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 6 de junio de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO.- 1º) Estimar el presente recurso contencioso-administrativo. 2º) Declarar inadecuados al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados por su expresa nulidad. 3º) Se hace una expresa imposición de costas procesales a la parte actora". Y con fecha 14 de julio de 2017 se dictó auto de aclaración de sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1º) Hacer la corrección del 3º punto de la decisión de la sentencia n.º 231 de 6 de junio de 2017 dictada en las actuaciones 241 de 2013, el cual queda redactado de la forma siguiente: "**TERCERO.- No se hace una expresa imposición de costas procesales**". 2º) Se desestima la petición de aclaración y complemento interesadas".

SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación.

Notificada dicha sentencia a las partes, por las representaciones procesales de AGUAS CANALIZADAS DE ALCUDIA, S.A. (ACASA), AYUNTAMIENTO DE ALCUDIA, se presentaron escritos con fecha 5 de octubre de 2017 y de LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, escrito de fecha 9 de octubre de 2017 se presentaron escritos con fechas 5 de octubre de 2017, ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, preparando recursos de casación, y la Sala, por auto de 7 de noviembre de 2017, tuvo por preparado los recursos de casación, con emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo comparecido, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA, como partes recurrentes, AGUAS CANALIZADAS DE ALCUDIA, S.A. (ACASA), representada por el procurador de los Tribunales D.º José Lledó Moreno, bajo la dirección letrada de D.º Juan Camacho Peña, por AYUNTAMIENTO DE ALCUDIA, representado por el procurador de los Tribunales D.º Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de D.º José Argüelles Pintos y por LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos; y como parte recurrida, la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL DE HOTELES Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE ALCUDIA, representada por la procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Dulce Ribot Monjo, bajo la dirección letrada de D.º Josep Alonso Aguiló.

**TERCERO.- Admisión del recurso.**

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por auto de 2 de julio de 2018, la admisión del recurso de casación, en el que aprecia que concurren en este recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 3.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisando que:

"2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

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 abastecimiento de agua potable prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias".

CUARTO.- Interposición del recurso de casación y oposición.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Segunda, el procurador Dº. José Lledó Moreno, en nombre y representación de AGUAS CANALIZADAS DE ALCUDIA, S.A. (ACASA), por medio de escrito presentado el 20 de septiembre de 2018, interpuso recurso de casación, en el que expuso que las normas infringidas por la sentencia impugnada son:

1.- El art. 8 bis del Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre (añadido por el art. segundo del Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto), en lo relativo a las autorizaciones de aumento de tarifas de servicios de competencia local; del art. 1 a 7 de la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1.977; del art. 3, en relación con el Anexo III A.1 del Real Decreto 2695/1977 (en el que se incluye el abastecimiento de agua a las poblaciones), y art. 5 a 12 del mismo Real Decreto; art. 16.Cuatro, en relación al Anexo 2 (en el que se incluye el abastecimiento de agua a las poblaciones), del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio; del art.107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL); y el art. 53.1 y 2 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

2.- El artículo 2.2-a) LGT, en su redacción posterior a la LES, y de la jurisprudencia relativa al concepto jurídico-tributario de tasa.

La recurrente manifiesta respecto a la primera cuestión de este recurso, que desde el punto de vista procedimental, la inaplicación de las normas jurídicas invocadas en el enunciado del motivo, que por ello se entienden vulneradas por la resolución recurrida, ha propiciado que la Sala sentenciadora entrara a conocer y a decidir sobre una cuestión jurídica que se está vedada en el tipo de expedientes administrativos seguidos para aquel concreto objeto: la autorización de elevación de tarifas de abastecimiento de agua potable establecidas años ha por acto administrativo firme. De haberse mantenido por la Sala la aplicación de dichas normas, que reglamentan los trámites a seguir para la autorización de la actualización (revisión al alza) de las tarifas o precios privados sujetos al control de la Comisión de Precios de la Comunidad Autónoma, no se debería haber decidido -en el seno de esa clase de expedientes- sobre la nulidad del precio privado, pues se trata de una cuestión que excede del marco competencial del órgano de la administración autonómica llamado a autorizar la elevación de las tarifas, y desborda el ámbito, objeto y fines propios del expediente en cuestión.

Respecto a la segunda cuestión, entiende que el planteamiento seguido por el TSJ de las Islas Baleares no se ajusta a Derecho, porque la sentencia de instancia maneja un concepto de tasa -aplicado a los servicios públicos coactivos concesionados- que no se adecúa a lo dispuesto en el artículo 2.2-a) LGT. Más aún, el planteamiento que defiende especialmente la STS de 23 de noviembre de 2.015, constituye una excepción a la doctrina mayoritaria que trae causa de una errónea interpretación de la noción legal de tasa y de un incorrecto entendimiento de la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público. La sentencia de instancia, en cuanto hace suyos los argumentos contenidos en la STS de 23 de noviembre de 2.015, maneja un concepto de tasa -al aplicarlo a los servicios públicos coactivos prestados por concesionario- que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 2.2-a) LGT, al rechazar cualquier efecto jurídico a la eliminación en 2.011 del segundo párrafo de dicho precepto. La tasa deberá imponerse como forma de retribución del servicio público cuando se trate de un servicio coactivo que se preste en régimen de derecho público; y por el contrario, cuando el servicio, aun siendo coactivo, se preste en régimen de derecho privado, no habrá ningún inconveniente en exigir una tarifa. Así, la prestación patrimonial de carácter público alude a un concepto material (servicio coactivo) y de ahí que para el Tribunal Constitucional su definición pueda prescindir del régimen de prestación del servicio (público o privado). En cambio, la noción de tasa es más reducida y se construye sobre el elemento formal del régimen de prestación de derecho público. Por ello, si el servicio



retribuido no se presta en régimen de derecho público, no habrá necesidad de imponer una tasa, por más que estemos en presencia de una prestación patrimonial de carácter público si ese mismo servicio resulta coactivo.

Tras las anteriores alegaciones, la parte recurrente solicitó a la Sala que "dicte Sentencia por la que, con estimación de nuestro recurso, case la recaída en la instancia y acuerde conforme a las pretensiones y con los pronunciamientos que se acaban de dejar interesados. Con imposición de costas de la instancia a la actora".

Por su parte, el procurador D^o. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE ALCUDIA, por medio de escrito presentado con fecha 19 de septiembre de septiembre de 2018, interpuso recurso de casación, en el que expuso que las normas infringidas por la sentencia impugnada son:

1. El artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la redacción del mismo tras la supresión de su párrafo segundo por la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Como normativa complementaria debemos citar:

2. El Artículo 20.1.B) y 4.t) del Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, sobre el concepto de tasa en la legislación de régimen local y la distribución de agua como servicio de competencia local.

3. Los artículos 6 y 9.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, sobre el concepto de tasa y supletoriedad de esta ley y de la LGT respecto de la legislación que regula las tasas y precios públicos de las Haciendas Locales.

4. El artículo 16.4 y el Anexo 2 (Precios autorizados de ámbito autonómico) punto 1 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, sobre la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico, entre ellos el agua (abastecimiento de poblaciones).

5. El artículo 8.bis) del Decreto 3.467/1974, de 20 de diciembre, en lo relativo a las autorizaciones de aumento de tarifas de servicio de competencia local, en la redacción dada por el Real Decreto 2.226/1977, de 27 de agosto.

6. El artículo 3 y el Anexo 3.A.1 sobre "Precios autorizados a nivel provincial: Agua (abastecimiento de poblaciones)" del Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios.

7. El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sobre forma de prestar los servicios públicos locales.

8. Los artículos 133.1 y 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el primero sobre la obligatoriedad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de los contratos de gestión de servicios públicos fijen las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración y el segundo sobre modalidades de contrato administrativo de gestión de servicio público.

La recurrente manifiesta que, la cuestión que se debe resolver en el presente recurso de casación consiste en determinar la naturaleza jurídica de la contraprestación que percibe de los usuarios quien presta el servicio público municipal (en este caso una empresa privada) de abastecimiento de agua domiciliaria, para así determinar si el procedimiento de revisión de las tarifas se ha tramitado conforme a derecho. La sentencia recurrida califica de tasa la contraprestación satisfecha por los usuarios del servicio de abastecimiento de agua potable con independencia de la forma en que se preste el servicio. Sin embargo, únicamente esa contraprestación tendrá naturaleza de tasa cuando el servicio se preste en régimen de gestión directa por la administración pero no cuando sea lleve a cabo en régimen de gestión indirecta y, especialmente, mediante concesión, dado que las cantidades que percibe una persona jurídica sujeta al derecho privado tienen la naturaleza de precio privado o de tarifa. Las contraprestaciones que los usuarios satisfacen a los prestadores privados de servicios públicos carecen de naturaleza tributaria.

Tras las anteriores alegaciones, suplicó a la Sala "-Dicte sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo. -Condene en las costas de la instancia al recurrente". Y por medio de otrosí digo, intereso la celebración de vista.

Asimismo, por la Letrada de los Servicios Jurídicos de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, por medio de escrito por medio de escrito presentado con fecha 4 de octubre de 2018, interpuso recurso de casación, en el que expuso que las normas infringidas por la sentencia impugnada son:



1.- El art. 2.2-a) de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en su redacción dada por la disposición final 58ª de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (LES).

2.- Y la jurisprudencia relativa al concepto jurídico-tributario de tasa, a cuya interpretación el Alto Tribunal ha circunscrito el presente debate.

La recurrente manifiesta que, la sentencia recurrida acepta la naturaleza de la contraprestación del servicio de abastecimiento de agua potable es la de tasa, por lo que, acogiendo la pretensión de la demanda, declara nulo el procedimiento de revisión de precios, que considera debería haber seguido el procedimiento de aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal. La recurrente mantuvo durante todo el proceso que las cantidades cobradas por el abastecimiento de agua por parte de la concesionaria tenían la naturaleza de precio, y que la Comunidad Autónoma se ha limitado en el caso de autos al ejercicio de sus competencias siguiendo el procedimiento adecuado para ello, que no es otro que el de revisión de tarifas. Si un ente local gestiona directamente, sin ningún tipo de delegación, el servicio público, debía exigir una tasa; y si por el contrario, si la entidad que gestionaba el servicio público era una sociedad privada municipal, o una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado. Las tarifas que cobra el concesionario de un servicio público a los usuarios del mismo no son ni pueden ser ingresos públicos, ni el concesionario puede exigir las mismas por la vía de apremio. No tienen naturaleza de tasa, sino que son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa.

Tras las anteriores alegaciones, terminó suplicando a la Sala "dicte sentencia por la que estime íntegramente el recurso, y, en su consecuencia, determine que la naturaleza de las prestaciones controvertidas no es la de tasa sino la de precio o prestación patrimonial no tributaria".

Por su parte, la procuradora de los Tribunales Dª. Mª Dulce Ribot Monjo, en nombre y representación de AGRUPACIÓN EMPRESARIAL DE HOTELES Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS DE ALCUDIA, por medio de escrito presentado con fecha 23 de enero de 2019, formuló oposición al recurso de casación, manifestando que en los supuestos de servicios monopolísticos, esenciales, imprescindibles para la vida, coactivos, de solicitud y recepción obligatoria, sea cual sea la forma de prestación gestión directa o indirecta, desde la óptica constitucional, resulta irrelevante la forma de gestión; de ahí que, la modificación del artículo 2.2. a) de la LGT de 2003, por la LES de 2011 no puede alterar la naturaleza tributaria de dichas contraprestaciones. Considera que la Sala debe ratificar la doctrina formulada por el Alto Tribunal en sentencia de 23 de noviembre de 2015, RC nº. 4091/2013, que estima que las tarifas percibidas por la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable, aprobadas con posterioridad a la modificación del artículo 2.2.a) de la LGT de 2005, por la LES de marzo de 2001, tienen la naturaleza jurídica tributaria (tasa local). Sostiene la recurrida que, en el ámbito local, la legislación no se ha variado y debe ser de aplicación preferente frente a la legislación general contemplada en la LGT, por ser el TRLRHL una Ley especial posterior. La problemática de recaudación de la tasa (por la entidad local o por la empresa concesionaria) - mencionada de adverso - es accidental y no sustantiva, sin que aquélla incida en la naturaleza ontológica tributaria de la contraprestación. Por todo ello, concluye que la contraprestación controvertida tiene naturaleza tributaria (tasa local) y así debe ratificarse por la Sala en la sentencia que se dicte en el presente recurso de casación, confirmando la doctrina sentada en las sentencias de 28 de noviembre de 2015 y 27 de abril de 2016. Así pues, circunscrito el debate casacional a la naturaleza jurídica de la contraprestación TASA /TARIFA (precio privado) queda extramuros del mismo la figura de "prestación patrimonial de carácter público no tributario" configurada *ex novo* e introducida *post acto* por la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre, resulta, por ello, inaplicable al supuesto de hecho enjuiciado.

Tras las anteriores alegaciones, terminó suplicando a la Sala "confirme la sentencia de instancia, y, en su consecuencia, ratifique la jurisprudencia de esta Sala y declare que la contraprestación percibida por la empresa suministradora ACASA tiene naturaleza tributaria (tasa local) y, asimismo, confirme y/o declare, la procedencia de las pretensiones de condena 2ª y 3ª, así como la expresa condena en las costas procesales en ambas instancias; subsidiariamente, de declararse la naturaleza jurídica de la contraprestación como tarifa (precio privado) o "prestación patrimonial de carácter público no tributario" operarían las pretensiones formuladas en las conclusiones 5ª y 6ª".

QUINTO.- Señalamiento para deliberación del recurso.

Por providencia de 8 de febrero de 2019, el recurso quedó concluso y pendiente de votación y fallo, al no haber lugar a la celebración de vista pública por no advertir la Sala la necesidad de dicho trámite.

Llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el 21 de enero de 2020, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso.*

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia dictada el 6 de junio de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, corregida en cuanto al pronunciamiento sobre costas por auto de 14 de julio de 2017, estimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra resolución de 22 de abril de 2013 dictada por la Dirección General de Comercio y Empresa, por delegación, que a su vez desestimó el recurso de reposición dirigido contra resolución de la Vicepresidencia Económica, de Promoción empresarial y de Ocupación que autorizaba las nuevas tarifas del servicio de suministro de agua potable de los núcleos del término municipal de Alcudia que provee "Aguas Canalizadas de Alcudia".

Se hace constar en la sentencia impugnada que la demandante se opuso a las resoluciones combatidas en base a los siguientes argumentos:

1º.- Que la codemandada Aguas Canalizadas de Alcúdia, en anagrama y en lo sucesivo ACASA, es un concesionario de hecho, lo cual comporta, como consecuencia jurídica, y según la doctrina del Tribunal Supremo, la improcedencia de la aprobación de las tarifas.

2º.- La existencia de ilegalidad en la tramitación municipal del expediente de revisión. En concreto, y desde una doble perspectiva: La de la falta de informe de fiscalización del estudio económico de tarifas por la intervención municipal y el de la infracción de la Orden Ministerial del Ministerio del Interior del 30 de septiembre de 1977.

3º.- Que las tarifas del servicio de abastecimiento de agua potable tienen la naturaleza jurídica de tasa.

4º.- Que, en el estudio económico financiero, en el cual se ampara la autorización de las tarifas, no se acredita un desequilibrio económico financiero de la empresa ACASA, gestora del servicio que justifica la autorización de incremento de las tarifas aprobadas. Afirmación amparada en las siguientes consideraciones; una, que la aplicación del incremento del IPC no es un criterio de revisión de tarifas; otra, cuales eran, en definitiva, los antecedentes del caso; otra, el ámbito del suministro, las tarifas actuales y la justificación de su actualización; los datos básicos del servicio, el principio de quien contamina paga y los gastos de explotación y los ingresos. Otra, sería, la de la tarifa binomio, excluyéndose la progresividad de las tarifas en los locales, bares, cafeterías, restaurantes, obras, industrias y puertos deportivos y, como última consideración en este apartado, la de la inexistencia, de ruptura económica de ACASA.

5º.- Que ALMARSA y ACASA son empresas vinculadas, produciéndose una infracción del artículo 16 del Real Decreto ley 4/2004 del impuesto sobre sociedades.

6º.- Insuficiente motivación de las resoluciones impugnadas y un enriquecimiento injusto de ACASA.

Si bien la sentencia de instancia deja al margen el resto de motivos opuestos y basa la estimación en la consideración de que la contraprestación tiene la naturaleza jurídica de tasa, que produce la inadecuación del estudio económico financiero y la falta de competencia del órgano que dictó las resoluciones.

El auto de admisión de 2 de julio de 2018, entendió que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo se concretaba en:

"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 abastecimiento de agua potable prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias".

SEGUNDO.- *Antecedentes del caso y resolución de la controversia. Fijación de doctrina.*

La cuestión objeto de la polémica, tal y como pone de manifiesto la propia sentencia impugnada, ha sido objeto de pronunciamientos encontrados que se han sucedido en el tiempo. Recientemente este Tribunal Supremo ha dictado la sentencia de 25 de junio de 2019, rec. cas. 5108/2017, en la que se modificaba la postura que hasta dicho momento había mantenido sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación por los servicios por prestación de determinados servicios públicos, dando noticia en la misma de las razones del cambio de criterio. La resolución de la cuestión seleccionada como de interés casacional objetivo, idéntica a la despejada en la citada sentencia, y por ende de la controversia suscitada, por motivos de coherencia y seguridad jurídica, pasa por recordar lo dicho en la referida sentencia.

Se dijo en la expresada sentencia, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

"La normativa aplicable para la resolución de la cuestión de interés casacional, que como se ha señalado anteriormente se contrae a la compensación de cantidades devengadas por la prestación del servicio del



concesionario TIRME S.A. al Ayuntamiento de Muro, por el servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos en los meses de julio a septiembre de 2011, se integra, en primer lugar, por el art. 2.2.a) de la LGT, en la redacción introducida por la Ley de Economía Sostenible 2/2011 ["LES"], que entró en vigor el día 6 de marzo de 2011. La modificación consistió en la supresión del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la LGT, según dispuso la disposición final 58ª de la LES de 2011.

...

El conjunto normativo en que se desenvuelve el presente litigio y, por ende, la resolución de las cuestiones de interés casacional que nos ocupan, es, en definitiva, el resultante de la Ley de Economía Sostenible, y anterior a la Ley de Contratos del Sector Público 2017. En síntesis, el núcleo de la cuestión es el alcance que tuvo la eliminación del párrafo segundo del apartado 2.a del art. 2 de la LGT y, concretamente, la eventual relevancia constitucional de la previsión allí contenida, a fin de determinar si, pese a la supresión de la misma, debiera mantenerse la calificación de tasas, en sentido estricto, esto es, como tributos, para la financiación de los servicios o actividades que se realizan por las Administraciones en régimen de derecho público, entendiéndose por tal cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público, siempre que su titularidad corresponda a un ente público, tal y como decía el párrafo segundo del apartado 2.a del art. 2 de la LGT 2003 suprimido por la disposición final 58ª de la LES 2011.

Aunque a día de hoy la cuestión está legislativamente superada, dada la reforma introducida en esta cuestión por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, no por ello ha desaparecido el objeto del presente recurso de casación, ya que las relaciones jurídicas desarrolladas bajo el anterior marco normativo mantienen su efectividad. Aún así, es conveniente dejar constancia del alcance de la reforma de la Ley 9/2017, y en particular de la STC 63/2019, de 9 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra determinadas previsiones atinentes a la cuestión que nos ocupa.

...

Sobre la constitucionalidad de este esquema normativo, cuya entrada en vigor es posterior a la situación de hecho aquí considerada, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2019, de 9 de mayo, que ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto más de cincuenta diputados integrantes del Grupo Unidos Podemos-En Comú y Podem-En Marea, contra el art. 289.2, la disposición adicional cuadragésima tercera, y las disposiciones finales novena, undécima y duodécima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, estas dos últimas que reforman respectivamente el art. 2.2 de la LGT y el art. 20 de la Ley de Haciendas Locales.

El interés de esta sentencia radica en que admite la constitucionalidad de la diferenciación entre una financiación tributaria y una financiación que se denomina "tarifaria" de los servicios públicos, que -afirma-, en todo caso ya estaba presente en el régimen anterior, que es el que nos ocupa. Los preceptos impugnados confirman así la posibilidad de que se prevea un régimen jurídico y financiero que difiera según que el servicio público se preste directamente por la administración o bien mediante personificación privada o mediante modalidades propias de gestión indirecta. Lo realmente relevante, para la STC 63/2019, es que cuando el legislador opte por financiar los servicios públicos mediante el sistema "tarifario" se satisfaga la garantía del principio de reserva de ley que viene impuesto para las prestaciones patrimoniales públicas, en general, el art. 31.3 de la CE,

...

En efecto, la persistencia del debate a que alude el auto de admisión de 19 de febrero de 2018, cit., se refleja en las distintas posiciones jurisprudenciales respecto a la naturaleza de la contraprestación que se satisface por la prestación de los servicios públicos. En particular, el debate jurídico ha oscilado entre la consideración de las correspondientes contraprestaciones como tasa (por tanto, como tributo) o bien su entendimiento como tarifa o precio, en su caso intervenido o autorizado por la Administración.

...

Precisamente por esta libertad de configuración del legislador estatal en la LGT, y su alcance como instrumento de armonización y coordinación del resto de subsistemas tributarios de las haciendas territoriales, es por lo que, matizando en tal sentido lo afirmado en nuestra STS de 23 de noviembre de 2015, cit., que la concluimos que supresión del párrafo segundo del art. 2.2.a de la LGT, por la Ley de Economía Sostenible de 2011, instaura la posibilidad de catalogar como tarifa y no como tributo, a la contraprestación por la recepción de un servicio público en régimen de gestión indirecta como es el caso del servicio que nos ocupa. Para ello será necesario que se satisfagan los requerimientos del principio de reserva de ley, cuestión que ninguna de las partes cuestiona y que, por otra parte, resulta suficientemente salvaguardada por el art. 275 en relación al



art. 281, ambos del Real Decreto legislativo 3/2011, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en la fecha de las facturas giradas, ya que en el primero se establece que "La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos", límite que no está en cuestión en el presente caso, en tanto que el art. 281 especifica que "[e]l contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración". Se cumple por tanto el requisito del principio de reserva legal ya que la legislación contempla este modo de gestión, y la retribución mediante tarifas, sin que el TRLHL de 2004, pero tampoco de la Ley de Tasas y Precios Públicos, Ley 8/1989, de 13 de abril, establezcan la previsión que en su redacción originaria incorporó la LGT de 2003 en el art. 2.2.a, y que fue suprimida por la Ley de Economía Sostenible. Por último, el art. 2.2.b de la Ley 2/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, prevé que no será aplicable a la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que presten las Entidades u Organismos públicos que actúen según normas de derecho privado".

Las anteriores consideraciones llevó a fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: "tras la reforma del art. 2.2.a de la LGT, efectuada por la DF 58ª de la Ley de Economía Sostenible, que suprimió el segundo párrafo de dicho precepto de la LGT, existe una opción discrecional para la Administración entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta, si bien tal opción está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo. En particular así se deduce en el ámbito de la Administración local que ahora nos ocupa, del artículo 85.3 de la LRBRL - ("en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad") en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL.

Fuera de este supuesto, y en particular cuando se opte, como es en el presente supuesto, por las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, vigente al tiempo de los actos impugnados - y en los mismos términos en el actual art. 289 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público - la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica, prestación que tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, pero no tiene naturaleza tributaria".

TERCERO.- *Resolución de las pretensiones de las partes.*

Conforme a las consideraciones anteriores, y visto que la sentencia de instancia acoge la pretensión actuada en cuanto entendió que estaba en presencia de una tasa y no de una tarifa, al no ser correcto dicho posicionamiento por las razones antes apuntadas, procede estimar el recurso de casación y con ello casar y anular la sentencia impugnada, en tanto que la contraprestación por el servicio de abastecimiento de agua que nos ocupa posee la naturaleza de tarifa.

Ahora bien, como ya quedó de manifiesto las cuestiones suscitadas en la instancia por las que la parte demandante se oponía a las resoluciones combatidas no descansaba en exclusividad en la naturaleza de la contraprestación, sin embargo por motivos obvios una vez resuelta esta cuestión y considerar la Sala de instancia que la contraprestación poseía la naturaleza de tasa, resultaba inútil y superfluo entrar en otras consideraciones, sin embargo debiéndose corregir dicho criterio, con el fin de garantizar el pleno derecho de la actora a la tutela judicial efectiva respecto al examen de sus alegaciones y la posibilidad de recurso, procede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.1 LJCA, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procedimental anterior a dictar sentencia, para que la Sala de instancia, con aplicación de la doctrina fijada en esta sentencia, resuelva el resto de cuestiones planteadas en el litigio; lo que, en definitiva, constituye la solución más adecuada al alcance de las pretensiones de la actora, atendida la concreta delimitación de la cuestión de interés casacional objeto del presente recurso de casación.

CUARTO.- *Sobre las costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 de la LJCA, no ha lugar a hacer especial imposición de las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su



instancia y las comunes por mitad. Y en cuanto a las de la instancia procede declarar no haber lugar a su imposición a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento segundo:

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia nº. 231, de 6 de junio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, estimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra resolución de 22 de abril de 2013 dictada por la Dirección General de Comercio y Empresa, por delegación, que a su vez desestimó el recurso de reposición dirigido contra resolución de la Vicepresidencia Económica, de Promoción empresarial y de Ocupación que autorizaba las nuevas tarifas del servicio de suministro de agua potable de los núcleos del término municipal de Alcudia que provee "Aguas Canalizadas de Alcudia".

2.- Acordar, en los términos expresados en el fundamento de derecho tercero, la retroacción de actuaciones, para que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Islas Baleares, dicte nueva sentencia en el recurso contencioso administrativo 241/2013, a la vista del contenido interpretativo de nuestra sentencia.

3.- Hacer el pronunciamiento de costas en los términos del último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Nicolás Maurandi Guillén José Díaz Delgado

Ángel Aguallo Avilés José Antonio Montero Fernández

Jesús Cudero Blas Rafael Toledano Cantero

Dimitry Berberoff Ayuda Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma **D. JOSÉ ANTONIO MONTERO FERNÁNDEZ**, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Certifico.