



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **244/2016**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2016, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Beniel, mediante oficio registrado el día 6 de junio de 2016, sobre consulta facultativa relativa a tasas por servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado (expte. **164/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Solicita la Alcaldesa la opinión de este Consejo Jurídico respecto a la interpretación a la que llega dicho Ayuntamiento de que no existe impedimento para que pueda seguir manteniendo con la configuración de tarifas sometidas al régimen de precios autorizados, las contraprestaciones que abonan los usuarios del servicio municipal de abastecimiento de agua potable, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Dirección General de Tributos expresados en los informes de 8 de abril y de 20 de mayo de 2016, todo ello al considerar también que, conforme la legislación reguladora de los servicios municipales (Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955) y a la legislación nacional reguladora de la contratación administrativa (LCAP de 1995, TRLCAP de 2001, LCSP de 2007 y TRLCSP de 2011), subsiste la posibilidad de que la Administración titular del servicio pueda optar por retribuir al gestor indirecto (sea sociedad de economía mixta -como es el caso- o concesionario) mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración (con cargo a su Presupuesto General o a una tasa por uso del servicio), o una combinación de ambas formas de retribución económica.

SEGUNDO.- Para ello ha de tenerse en cuenta, según se indica en el escrito de formulación de la consulta, que en el municipio de Beniel el servicio municipal de abastecimiento de agua potable se gestiona de forma indirecta en la modalidad de sociedad de economía mixta, --, del artículo 277,d) del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; tal sociedad de economía mixta, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de bases técnico-administrativas y económicas rector de la gestión indirecta de los servicios (que no se acompaña), percibe como retribución, mediante cobro directo a los usuarios, las tarifas vigentes en cada momento, que el Ayuntamiento tiene configuradas como tarifas privadas que están además sometidas al régimen de precios autorizados.

Continúa diciendo el escrito que en el año 2011, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) modificó el artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), suprimiendo el segundo párrafo de dicho precepto. El párrafo suprimido por la reforma legal del año 2011 establecía que *"Se entenderá 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" y, en base al mismo, se interpretó que las contraprestaciones por uso de servicios públicos debían ser tasas, con independencia de la modalidad de gestión -directa o indirecta- de los servicios.

Según indica la Alcaldesa, tras dicha reforma legal el Tribunal Supremo ha manifestado de forma unánime que la reforma del artículo 2.2.a) de la LGT que se efectuó en 2011 *"abre un panorama (legal) diferente"* al que existía previamente, y que ello obliga, por tanto, a definir una nueva interpretación al respecto, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico la regulación que determinaba que las contraprestaciones por usos de servicios públicos fueran siempre y en todo caso tasas, con independencia de la modalidad de gestión de los servicios, opinión que se manifiesta también por la Dirección General de Tributos (DGT), del Ministerio de Economía y Hacienda, en su informe de 26 de julio de 2011, y diversos Tribunales superiores de Justicia, entre ellos el de Murcia, en sentencia 338/15, de 24 de abril de 2015, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Ese pacífico estado de la cuestión ha sido alterado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre también de 2015, que han reavivado la polémica respecto de la naturaleza jurídica de la contraprestación satisfecha por los usuarios del servicio público prestado por una empresa pública, mixta o privada (concesionaria) al contener pronunciamientos diametralmente opuestos en relación a esta cuestión.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de la consulta.

I. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), se solicita por la autoridad consultante que se emita un dictamen facultativo, a lo que atiende este Consejo Jurídico por considerar que tal es la calificación que procede al no estar prevista en el ordenamiento la consulta de una manera expresa y preceptiva.

II. En cuanto a su alcance, la amplitud y generalidad de la función consultiva tiene por finalidad velar por la observancia de la Constitución y del Ordenamiento Jurídico, orientándose al servicio del Estado de Derecho mediante la aplicación del filtro de la juridicidad a los asuntos que son consultados, convirtiéndose así en una instancia que introduce una legitimación adicional al ejercicio del poder público mediante su aproximación a la razón jurídica (Dictamen 312/2014).

Sobre las consultas facultativas en general tiene dicho el Consejo Jurídico de la Región de Murcia que el mencionado artículo 11 atribuye a las autoridades que cita, entre ellas los Alcaldes, la potestad de activar el proceso de la función consultiva con el fin de obtener una opinión sobre asuntos en los que no está prevista por el ordenamiento la consulta preceptiva, pero sin perder la perspectiva de que el Consejo Jurídico, en cuanto órgano consultivo que sustituye al Consejo de Estado, es una institución de la Comunidad Autónoma, siendo su posición la de *"superior"* órgano consultivo de ésta (art. 1.1 LCJ) (Dictamen 123/2016).

Por ello, para situar en términos más ajustados el ejercicio de la *potestas* de formular consultas facultativas y, por ende, la competencia del Consejo Jurídico para contestarlas, se debe partir de ese carácter de órgano consultivo superior que tiene su lógica consecuencia en el párrafo 4 de ese mismo artículo 1 al afirmar que *"los asuntos sobre los que haya dictaminado el Consejo no podrán ser sometidos a dictamen ulterior de ningún otro órgano o institución de la Región de Murcia"*. Ello es así porque la LCJ presume que la consulta tiene por objeto alguno de los más trascendentes asuntos del gobierno y de la administración, que son los que corresponde examinar al superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, y no los asuntos ordinarios que corresponden a los servicios municipales. Esta consecuencia, aun no estando explicitada de forma expresa en LCJ, sí es una consecuencia implícita, y hasta necesaria, de la definición de su naturaleza y posición institucional (Dictamen 312/2014).

III. Ahora bien, la *potestas* de preguntar, igual que cualquier otra en un Estado de Derecho, se ve condicionada por el conjunto del Ordenamiento Jurídico, que modula su ejercicio. La naturaleza, competencias y régimen jurídico de los entes y órganos que conforman el conjunto del sector público, según se concreta en las respectivas normas reguladoras, compone un sistema caracterizado por la distribución funcional y, cada órgano, en el ejercicio de sus competencias, tiene que ser consciente de los límites de las mismas, por no interferir el funcionamiento de los demás alterando el normal desenvolvimiento de sus funciones.

Dada la formalización legal de la actuación administrativa, lo ortodoxo es que se consulte en el seno de un procedimiento administrativo concreto y ya instruido, en el que se ha formulado una propuesta de resolución, *praxis* ésta ya consolidada y cuyos términos resultan de la redacción de los preceptos expuestos y, además, de los artículos 46 y siguientes del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico (Decreto 15/1998, de 2 de abril).

No obstante, aunque extrañas, pueden no ser inadecuadas las consultas realizadas fuera de un procedimiento o, incluso, antes de iniciarlo, cuando surjan cuestiones de especial relevancia o posibilidades diversas que lo demanden, y así puede entenderse que el artículo 61.2 del ya citado Reglamento de Organización y de Funcionamiento faculta al Consejo Jurídico para proponer al órgano consultante nuevas formas posibles de actuación administrativa (Dictamen 346/2014).

Pero no estando prevista en el ordenamiento la consulta de una manera expresa y preceptiva, para que sea posible la facultativa habría de darse alguna circunstancia que así lo habilitase, tal como tratarse, como ha quedado dicho, de actuaciones especialmente relevantes, según apreciación de la autoridad consultante -el Consejo Jurídico no es el asesor de los asuntos ordinarios de las Administraciones Públicas-, que no exista otro órgano con competencia para responder, y que no se trastorne el sentido de la consulta por, entre otras causas, la falta de comunicación de hechos o antecedentes de relevancia.

IV. También ha expresado este Consejo Jurídico en otras ocasiones que existiendo un órgano con competencia especial o particular para responder a la consulta, ésta debe formularse a él en primer lugar, para así respetar las previsiones del ordenamiento, y sólo si por alguna razón tal respuesta no fuera satisfactoria, habría de formularse la consulta facultativa al Consejo Jurídico, justificando las razones de la discrepancia o de la insuficiencia de la respuesta. Es el caso de las competencias que el artículo 40.3,e) del Decreto regional 53/2001, de 15 de junio, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, atribuye a la Dirección General de Administración Local para asesoramiento a las Entidades Locales sobre diversos aspectos legales (Dictámenes 216 y 346/2014).

V. Además, en las consultas facultativas es el órgano que la formula el que debe precisar la cuestión a resolver y sobre la que aquélla versa, condicionando así la actuación del Consejo Jurídico y, finalmente, las consultas facultativas han de estar seria y profundamente preparadas y, tratándose de Ayuntamientos, se han de fundamentar en el informe del Secretario en el que se realice una concreción argumentada y suficiente de las razones que originan la duda sobre la interpretación y aplicación de las normas.

SEGUNDA.- Sobre el alcance de la consulta y del Dictamen.

Como ha quedado reflejado en Antecedentes, la consulta no se formula en el seno de un procedimiento, ni como consecuencia de controversia administrativa o jurisdiccional que afecte a la situación particular del Ayuntamiento, sino para recabar el criterio de este Consejo sobre la situación actual del sistema de financiación del servicio de agua potable, habiendo llegado la Alcaldesa a la conclusión de que no existe impedimento para que pueda seguir manteniendo las contraprestaciones que abonan los usuarios con la configuración de tarifas sometidas al régimen de precios autorizados, todo ello con fundamento en los razonamientos que expresa, principalmente movida la interrogante a partir del conocimiento de las SSTS de 28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre también de 2015.

Formulada en tales términos la consulta, considera el Consejo Jurídico que, en primer lugar, se debe partir de que el Ayuntamiento tiene un contrato con un socio privado para la gestión del servicio de abastecimiento, el cual se realiza de forma indirecta a través de una sociedad de economía mixta, y que tal forma de prestación del servicio así como los rasgos definidores de su régimen jurídico están aprobados por los órganos municipales, componiendo todo ello un sistema pacífico de actuación que no se ha visto inquietado por incidencia directa alguna, salvo la referente a la interpretación jurisprudencial que origina la consulta. Ésta tendría por objeto, entonces, determinar si existen razones legales que priven de fundamento a tal situación, para lo cual es necesario valorar el derecho vigente y su interpretación, especialmente por la jurisprudencia, partiendo, ante todo, de determinar el alcance de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre también de 2015.

TERCERA.- Efectos de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre también de 2015.

I. La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 28 septiembre de 2015 (recurso de casación 2042/2013), tuvo como objeto el recurso de casación interpuesto frente a una STSJ de Castilla y León (Valladolid), que resolvió el recurso interpuesto contra el acuerdo de la asamblea de concejales de una Mancomunidad de Servicios Funerarios que aprueba la modificación de la naturaleza jurídica de los precios por prestación de servicios funerarios, pasando de ser precios públicos a tarifas o precios privados, decisión que el TS considera ajustada a Derecho teniendo en cuenta que se trata de la prestación de un servicio liberalizado, por lo que estima el recurso de casación exponiendo ampliamente la evolución de la doctrina del TS sobre la materia al hilo de las modificaciones legislativas, concluyendo que como consecuencia de la derogación del inciso final del artículo 2.2,a) LGT efectuada por la Disposición final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, es posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de la autofinanciación y del equilibrio económico del contrato.

Expone la Sala que la opción discrecional entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta 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, como se deduce el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL (*"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 imponen los artículos 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (LTPP) y 20 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL). Pero en cualquiera de las otras formas de gestión directa del artículo 85.2 A) LBRL (entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública) y en todas las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 TRLCSP, 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.

II. La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 23 noviembre 2015 (rec. cas. 4091/2013), desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife. En ésta, a su vez, se desestima íntegramente el recurso interpuesto por la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias contra un acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Prestación del Servicio de Suministro de Agua para el ejercicio 2012, acuerdo que se confirma por ser plenamente ajustado a Derecho.

El recurso consistía en determinar si en el expediente de modificación de la Ordenanza Fiscal impugnada era o no necesaria la intervención de la Comisión Territorial de Precios de la Consejería de Industria y Comercio de dicha Comunidad Autónoma, ya que mientras el Ayuntamiento sostenía que las Entidades Locales no tienen obligación de solicitar la intervención de la Comunidad Autónoma para la aprobación o modificación de las Tasas por el suministro del agua, en cuanto ello supondría una vulneración de la autonomía tributaria municipal reconocida por el artículo 1 LBRL en relación con los artículos 137 y 140 CE, por el contrario, la Comunidad Autónoma argumentaba que sí era necesaria tal intervención, fundamentándola en que el reconocimiento de la autonomía tributaria local no puede entenderse en el sentido de que los bienes y servicios prestados por los Ayuntamientos queden al margen de la ordenación general de la economía que incumbe al Estado, según el art. 149.1.13ª de la Constitución, y de las medidas ejecutivas que asuman las Comunidades Autónomas, limitación de la autonomía local reconocida en el artículo 107.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que únicamente somete al control de las Comunidades Autónomas o de otra Administración competente la determinación de las tarifas de los servicios cuando así sea necesario con arreglo a la legislación sobre política general de precios.

Expone el TSJ en la sentencia los principales hitos normativos y doctrinales sobre la determinación de la forma jurídica a través de la cual se debe financiar la prestación de los servicios públicos. Así, refiere que la nueva Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, luego de señalar en su art. 2.2,a) como uno de los hechos imponderables de la Tasa la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado, introdujo la novedad, en el apartado segundo del art. 2.2,a), de que había de entenderse 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"*, innovación legal que al emplear el término *"en régimen de derecho público"*, incluye a las empresas de capital público y a los concesionarios privados, debiendo llevarse a cabo la

remuneración, siempre que se trate de prestaciones coactivas, mediante tasas (tributos) y no por tarifas (precios privados), interpretación ésta seguida por la jurisprudencia del TS (cita a tales efectos las Sentencias de 20 de Julio y 12 de Noviembre de 2009, entre otras).

Tras ello, alude la sentencia a la supresión de ese apartado segundo del artículo 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, por parte de la Disposición final quincuagésimo octava de la LES, que ya había tenido repercusión en un informe de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 26 de Julio de 2011, a solicitud de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos, sobre la interpretación y alcance que debía darse a la nueva dicción del art. 2.2 a) LGT, con la conclusión ya expresada en antecedentes. A partir de ello, y teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 20.1º.B de la TRLHL y el Pliego de condiciones administrativas particulares que rigen la concesión objeto de controversia, es lógico que la contraprestación al servicio de abastecimiento de agua no puede tener otra calificación que la de tasa, en cuanto se configuran en aquél una relación de naturaleza tributaria entre los usuarios del servicio y la Administración, y otra, de carácter contractual, entre el prestador del servicio, la concesionaria, y la Administración, lo que determina que sea el Ayuntamiento quien gestione directamente de los consumidores el cobro del servicio y retribuya luego al concesionario con el importe recaudado.

Quiere ello decir que la sentencia de instancia, confirmada por el TS, entra en la discusión de cuál debe ser la naturaleza jurídica de la prestación que pagan los usuarios de servicios públicos de abastecimiento de agua y saneamiento, dando su conformidad a una de las modalidades posibles de relación entre el ayuntamiento, el contratista, y los usuarios, modalidad que admite en el marco del apartado segundo del artículo 2.2 a) LGT, en la relación dada por la LES, marco que, por otra parte, dice la sentencia, *"ha abierto paso a la continuidad de la distinción entre tasa y tarifa como formas de retribución del concesionario de un servicio público y, por ende, a la rehabilitación de la tarifa"*, si bien sujeta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las prestaciones patrimoniales de carácter público y, por tanto, a una reserva de Ley flexible (STC 185/1995).

A todo ello añade el Supremo, como una reflexión adicional para *"matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015"*, que la doctrina del Tribunal Supremo había venido insistiendo en 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, y que lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticas, para concluir que *"hay que seguir manteniendo esta doctrina pese a la derogación de dicho párrafo por la disposición adicional 58 de la Ley de Economía Sostenible..."*.

No es baladí recordar, en primer lugar, que esta última afirmación es prescindible para la resolución del asunto objeto de litigio, ya que, como ha quedado expuesto, no se discutía si la prestación era o no una tasa, porque así estaba configurada de origen; también se ha de recordar que esta sentencia de 23 noviembre 2015 cuenta con un voto particular de dos magistrados (uno de ellos es el ponente de la sentencia de 28 septiembre de 2015) que de manera abierta rechazan la tesis de la mayoría haciendo una remisión a esta última sentencia y recordando la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria como fórmulas de contraprestación de los servicios públicos, afirmando que *"como consecuencia de la derogación efectuada por la Disposición Final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible del referido inciso, parece posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de la autofinanciación y del equilibrio económico del contrato"*, idea que coincide con la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, y confirmada por el TS mediante esta sentencia de 23 noviembre 2015.

Existe una nueva STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 24 noviembre 2015 (rec. cas. 232/2014), que resuelve un recurso de casación interpuesto también por la Comunidad Autónoma de Canarias

pretendiendo igualmente que la tasa de un Ayuntamiento se sometiese a la Comisión de Precios, lo que es desestimado con el argumento de que lo aprobado por tal Ayuntamiento es una tasa, es decir un tributo cuya aprobación se rige por la normativa que establece el TRLHL, que no prevé en absoluto "autorización" alguna por parte de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Esta vez el Supremo no añade las apreciaciones de la sentencia del día anterior sobre lo inocuo de la modificación realizada por la disposición adicional 58 de la LES (siendo el mismo ponente), lo que revela una vez más la prescindibilidad de tal afirmación para la resolución del asunto litigioso y la falta de reiteración de lo expresado en la controvertida sentencia de 23 noviembre 2015.

La reciente STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 918/2016 de 27 abril (Recurso de Casación 899/2014), afirma que bajo la vigencia de la LGT de 2003 (artículo 2.2.a) y del TRLHL, aprobado en 2004 (artículo 20.1.B), los usuarios han de financiar el servicio a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios de recepción obligatoria (artículo 25.2.I) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local), jurisprudencia, dice el Supremo, aplicable al caso enjuiciado, *"pues dada la fecha en que se desarrolló el procedimiento de elaboración y se adoptó el acuerdo por la Mancomunidad (diciembre 2010), no resultaba aplicable la Ley de Economía Sostenible de 2011, que suprime el segundo párrafo del artículo 2.2.a)"*. A sensu contrario, pues, se reconoce el cambio normativo de la LES, situándose esta resolución en línea con la STS de 28 septiembre de 2015, y separándose en tal sentido de las afirmaciones controvertidas expresadas por la de 23 noviembre 2015.

III. Desde el punto de vista jurídico-procesal es evidente que las sentencias citadas no despliegan eficacia respecto al Ayuntamiento de Beniel, que no ha sido parte en los procesos que las mismas han finalizado, debiendo convenir que, en el caso de la de 23 noviembre 2015, en cuanto es desestimatoria del recurso de casación, hace que permanezca inalterada la de instancia, que recoge las afirmaciones antes expuestas.

Además de ello, y respecto al carácter de la jurisprudencia en nuestro Derecho según la regula el artículo 1.6 del Código civil (*"La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"*), el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 enero 1988, ha estimado que, para que la doctrina del Tribunal Supremo pueda considerarse jurisprudencia, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que sea doctrina reiterada al menos en dos sentencias; b) que se establezca al aplicar o interpretar la Ley, la Costumbre o los Principios Generales del Derecho; c) que tal doctrina haya sido utilizada como razón básica para adoptar la decisión contenida en las sentencias; d) que exista identidad entre los casos concretos o, al menos, una extraordinaria similitud o analogía.

La Sala de lo Civil, por su parte, en sentencias de 16 de mayo de 2003 (recurso nº 2802/1997) y de 22 de enero de 2010 (recurso nº 2638/2005), considera que para que la jurisprudencia cumpla su función complementaria es necesario que posea los siguientes requisitos, según doctrina constante del Tribunal Supremo: a) Una cierta dosis de estabilidad de los criterios o doctrinas, manifestada en la reiteración de su utilización o aplicación; b) es necesario que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*"ratio decidendi"*). Por tanto, no tienen valor de jurisprudencia las afirmaciones que el Tribunal Supremo puede haber hecho con carácter incidental o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*"obiter dicta"*).

Los comentaristas del precepto civil consideran que la jurisprudencia está formada por proposiciones jurídicas utilizadas para la resolución de casos concretos y que, en consecuencia, no es posible considerar como tal la totalidad de las afirmaciones de una sentencia, debiendo descartarse que lo sean los argumentos subsidiarios no decisivos para el fallo de la sentencia, es decir, todo lo que no puede ser una *"ratio decidendi"* de tal fallo.

Desde tal perspectiva, es lógico concluir que no existen pronunciamientos claros y estables como para entender que existe jurisprudencia en torno a la materia sobre la que la Alcaldesa consulta y que, por tanto, desde tal punto de vista no es inquietada la situación jurídica de las tarifas por la prestación del servicio de suministro de agua potable en el municipio de Beniel.

Finalmente, y abundando en lo mismo, se hace necesario señalar que, en la actual regulación civil, el recurso de casación mantiene su naturaleza de medio extraordinario de impugnación *por infracción de Ley*, por lo que debe fundarse siempre en la vulneración de norma sustantiva aplicable al objeto del proceso y determinante del fallo recurrido. Aunque el artículo 477. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define el "*interés casacional*" como la oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ello ha de interpretarse como un mero presupuesto que determina la necesidad del conocimiento del asunto por el Tribunal Supremo, es decir, un requisito de recurribilidad, esencial en el sistema, pero funcionalmente distinto al motivo del recurso, que siempre necesitará que el recurrente invoque una o varias infracciones legales relevantes para la casación de la sentencia. Pues bien, parece que esa es la orientación que cabe atribuir a la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, que ha introducido el interés casacional en los artículos 86 a 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CUARTA.- El derecho vigente sobre el que se funda el sistema de gestión y financiación del suministro de agua potable.

I. La potestad tarifaria puesta en práctica por el Ayuntamiento de Beniel encuentra fundamento en la derogación por la LES del inciso final del artículo 2.2.a) LGT, en cuanto que ha producido una suerte de rehabilitación de la figura de la tarifa en el ámbito del servicio de abastecimiento domiciliario de agua prestado en régimen de gestión indirecta, reconocido también por otras STS, como la de 16 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (recurso 62/2010). Así, el dato de la naturaleza pública o privada del gestor del servicio, y del régimen jurídico de Derecho Público o privado que en consecuencia le sea aplicable, ha vuelto a cobrar la relevancia que tuvo en la regulación anterior a la LES.

No debe pasar desapercibido que tal opción tiene apoyos sólidos en la legislación de régimen local y en la de contratos. Así, teniendo en cuenta las formas de gestión de los servicios públicos locales admitidas en el artículo 85.2, A) y B), LBRL, en cualquiera de las formas de gestión directa consistentes en entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública, y en todas las formas de gestión indirecta llevada a cabo a través de 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, o en la concesión de obras públicas de los artículos 240 y siguientes de tal texto refundido, la Administración titular del servicio puede optar entre retribuir al gestor mediante una tarifa a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o bien una combinación de ambas formas de prestación económica.

Así pues, la potestad tarifaria, como mecanismo de financiación de servicios públicos, está tan fundada en el derecho positivo como la potestad tributaria, siendo de igual rango y fuerza normativa los preceptos que dan cobertura a ambas. Ni siquiera se puede afirmar en abstracto que un régimen es más garantista que el otro, en la medida que ambos deben cumplir con los mandatos constitucionales referidos a las prestaciones patrimoniales de carácter público, como más adelante se expresa.

La opción, en cierto modo, había sido ya también tratada en alguno de sus aspectos por este Consejo Jurídico en el Dictamen 34/2013 al indagar sobre la diferencia existente entre el precio público y la tarifa que recibe el contratista por la prestación objeto del contrato, señalando que el precio público constituye una contraprestación pecuniaria que se satisface por la prestación de un servicio o la realización de una actividad en régimen de derecho público, y está destinado a cubrir el gasto público que tal prestación genere, por lo que, además, pasará a formar parte del presupuesto público. A diferencia de ello, la tarifa es la contraprestación que recibe el contratista por la gestión indirecta de un servicio público; tiene una naturaleza contractual en la medida que forma parte de un negocio bilateral y su cuantía se determina en función de la remuneración del contratista y por ello la misma queda también afecta al principio del equilibrio financiero. Dada la naturaleza del contrato público, la Administración podrá incidir en este precio (mediante el ejercicio de las prerrogativas que le atribuye la legislación contractual) y el contratista podrá exigir su revisión cuando concurren los requisitos legales pero, en todo caso, se partirá de la cuantía establecida en el momento de constituir la relación contractual. Se trataría, pues, de un ingreso percibido por un particular que no tiene por objeto la financiación del gasto público y, como tal, no forma parte tampoco de los ingresos públicos. En este sentido resulta muy ilustrativa la STS de 30 de abril de 2001, en la que se analiza la naturaleza jurídica de la tarifa que pagan los usuarios de una autopista y la proyección sobre la misma del artículo 31.3 CE. Para el TS las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que éste hace suyas por título privado, sin perjuicio de la intervención que la administración concedente puede tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde distinta de la potestad tributaria.

La opción encontraría su límite en el propio artículo 85.3 LBRL y su concordante 247 TRLCSP, que impiden la gestión indirecta de servicios que impliquen el ejercicio de autoridad, caso en el que es obligada la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo, siendo entonces las contraprestaciones de los servicios públicos prestados tasas o precios públicos, en los términos que imponen los artículos 24 LTPP y 41 TRLHL.

II. Con independencia de lo anterior, es oportuno añadir que, en cualquier caso, han de ser tenidos en cuenta dos aspectos que inciden de manera directa en los fundamentos de la relación contractual y en el servicio prestado a los usuarios, y que toda Corporación Local debiera tener en cuenta cuando se trata del suministro de agua potable.

El primero de ellos es que las tarifas pueden cumplir con las exigencias constitucionales del respeto al principio de reserva legal derivado de las exigencias propias del Tribunal Constitucional en la Sentencia 185/1995, y ofrecer así tantas garantías al ciudadano como las derivadas del ejercicio de la potestad tributaria, y ello porque tal principio de reserva legal del artículo 31.3 CE se satisfaría con la previsión del artículo 281 TRLCSP (según el cual *"el 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"*), junto a la aprobación de las tarifas en una ordenanza no fiscal, de acuerdo con los principios generales del TRLCSP (STC 102/2005).

El segundo es que la potestad tarifaria correctamente ejercitada permite a la entidad pública el control de las tarifas, de una manera primaria en la formulación del equilibrio contractual mediante los pliegos, y después mediante el adecuado seguimiento y control de la actividad de la contratista durante la ejecución del contrato. En el Dictamen 130/2013 este Consejo Jurídico ya destacó esa idea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual señala que la concesión *"está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio público. Y así, cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión"* (STS, 3ª, de 2 de diciembre de 1988). Y, además, esa honesta equivalencia puede combinarse con una estructura tarifaria que a la hora de repartir el coste entre los usuarios tenga en cuenta

circunstancias económicas y sociales.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Teniendo en cuenta los datos facilitados, no se aprecia impedimento legal para que el Ayuntamiento de Beniel pueda seguir manteniendo con la configuración de tarifas sometidas al régimen de precios autorizados las contraprestaciones que abonan los usuarios del servicio municipal de abastecimiento de agua potable.

No obstante, V.S. resolverá.

