



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **351/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Excm. Sra. Alcaldesa de Cartagena, mediante oficio registrado el día 13 de noviembre de 2017, sobre consulta facultativa relativa a la prestación del servicio de agua domiciliaria (expte. **343/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

ÚNICO.- El escrito de consulta suscrito por la Alcaldesa dice literalmente así:

"Existe una disparidad de criterios en la consideración que debe tener la prestación del servicio de agua domiciliaria en el presupuesto municipal.

Hay ayuntamientos que incluyen la prestación de este servicio municipal dentro del presupuesto en forma de tasa, y otros que no lo hacen así, como es el caso de Cartagena.

Por ello, y en virtud del acuerdo que posibilitó mi investidura, me comprometí a solicitar a la institución que presides un informe que nos indique si existe obligación o no de convertir la prestación por el servicio de agua domiciliaria en tasa.

Si de la consulta se derivará una opinión afirmativa al respecto, deberíamos cambiar el criterio seguido hasta ahora y los costes e ingresos del servicio deberían ser incluidos en el presupuesto municipal, aun cuando sean retribución de la concesionaria.

En la actualidad se está tramitando el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que pretende zanjar esta disyuntiva, pero lo que conozco del texto inicial no deja claro a mi Juicio esta situación".

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de la consulta.

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.

SEGUNDA.- Sobre el contenido de la consulta.

Del breve, escueto y lacónico escrito por el que se formula la consulta resulta que la cuestión única a responder es si existe obligación, según sus palabras, *"de convertir la prestación por el servicio de agua domiciliaria en tasa"*, pregunta cuya respuesta depende de datos que no se facilitan, fundamentalmente, cual es el régimen de prestación del servicio.

No obstante, una respuesta de carácter general se encuentra en el Dictamen de este Consejo Jurídico número 244/2016, de 14 de septiembre de 2016, publicado en su página web (<http://www.consejojuridicomurcia.es>) del cual se dio cuenta en la Memoria de este Consejo Jurídico de 2016, también publicada, y de la cual se dio traslado a ese Ayuntamiento en su momento.

El tema que se aborda es el de la problemática distinción en nuestro ordenamiento entre potestad tributaria y potestad tarifaria, y la distinta función que en una u otra juegan las tasas, precios públicos y tarifas en cuanto figuras de ingresos financiadores de servicios públicos. Prescindiendo de más antiguos antecedentes, la discusión acerca de la naturaleza y régimen jurídico de la contraprestación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable arranca con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), cuyo artículo 2.2.a), después de definir la tasa como un tipo de tributo financiador de actividades desarrolladas coactivamente y en régimen de derecho público, incluyó un nuevo párrafo que calificó como tales las que *"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"*. Esta adición -que pretendía adecuar el concepto legal de tasa a la doctrina constitucional sobre el artículo 31.3 CE- venía a significar en su literalidad que tales contraprestaciones serían tasas incluso cuando la prestación del servicio fuese llevada a cabo por empresas de capital público o concesionarios privados, línea ésta seguida por el Tribunal Supremo.

Después, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) modificó el artículo 2.2.a) LGT, suprimiendo el segundo párrafo de dicho precepto y, como consecuencia de ello, la jurisprudencia manifestó que se abría un panorama normativo diferente al anterior que obligaba, por tanto, a definir una nueva interpretación al respecto, la cual era volver a 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 (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª,

de 28 de septiembre de 2015, rec. cas. 2042/2013), opinión en la que coincidía también la Dirección General de Tributos 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.

Esa clara línea jurisprudencial fue enturbiada por otras sentencias que introdujeron incertidumbre por contener afirmaciones diametralmente opuestas. Así, mientras que la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 28 septiembre de 2015 (rec. cas. 2042/2013), se mantenía en la nueva ortodoxia, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 23 noviembre 2015 (rec.cas. 4091/2013), pretendió *"matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015"*, afirmando 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, por lo cual califica estas contraprestaciones como tasas, 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..."*.

Tales resoluciones judiciales, aunque no tuvieron continuidad ni se puede considerar en sentido estricto que formasen jurisprudencia, generaron comprensibles reacciones de incertidumbre en las Administraciones Locales y, en definitiva, vinieron a instalar la polémica otra vez, la cual sólo se resolvería si el legislador decidiera acometer la regulación del marco jurídico y económico-financiero aplicable a un servicio público de tanta importancia para los ciudadanos como es el abastecimiento domiciliario de agua.

Esa regulación se ha producido mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP 2017), la cual en su Disposición adicional cuadragésima tercera, titulada "Naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho privado", dispone que *"Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado"*. En paralelo a esta innovación se introducen las concordantes modificaciones en la LTPP, en la LGT y en el TRLHL, a través de las Disposiciones finales novena, undécima y duodécima, respectivamente.

El precepto anterior, en todo caso, no puede entenderse de manera aislada por sí mismo, sino que ha de ser enjuiciado como una pieza más del régimen jurídico de la potestad tarifaria, la cual es algo ajeno a la materia tributaria, especialmente desde la derogación por la LES del inciso final del artículo 2.2.a) LGT (STS, de 16 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. cas. 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, pero ambas formas de gestión -pública y privada- quedan homologadas por el paraguas común del principio de reserva de ley del artículo 31.3 CE, al quedar legalmente calificadas estas tarifas como prestaciones patrimoniales de carácter público.

Esa alternativa aparece ahora explícitamente fortalecida en la legislación de contratos públicos, que no sólo regula la materia en la Disposición adicional citada, sino que también lo hace en iguales términos en los artículos 267 (contrato de concesión de obra pública) y 289 (contrato de concesión de servicios públicos), permitiendo de una

forma más segura que la Administración titular del servicio pueda optar entre retribuir al gestor mediante una tarifa a satisfacer directamente por los usuarios, o una retribución de la propia Administración o bien una combinación de ambas formas de prestación económica, según se configuren los contratos, y queda patente que mientras la tasa constituye un ingreso público que, como tal, conforma la Hacienda pública, la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta un servicio, sin que tal tarifa se convierta en ingreso público, aunque sí posea el carácter de prestación patrimonial de carácter público al objeto de asegurar las garantías formales que preconiza el principio de reserva de ley cuando esté presente la nota de coactividad, tal como es explicada en la jurisprudencia constitucional.

De ahí resulta 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 satisfacía, hasta ahora, con la previsión del artículo 281 TRLCSP de 2011 (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), conclusión ésta, como se ha dicho, refrendada por la nueva LCSP 2017 que, a través de los preceptos citados, mantiene la opción, permitiendo, se reitera, que la Administración titular del servicio pueda retribuir al gestor mediante una tarifa a satisfacer directamente por los usuarios que, como tal, no conforma la Hacienda pública municipal.

TERCERA.- Consideraciones adicionales.

Este Consejo Jurídico quiere recordar algunas observaciones dimanantes de doctrina ya consolidada en la interpretación del ordenamiento jurídico, referidas a las consultas facultativas.

Para situar en términos ajustados el ejercicio de la *potestas* de formular consultas facultativas y, por ende, la competencia del Consejo Jurídico para contestarlas, se debe partir del carácter de órgano consultivo superior de este Consejo Jurídico, claramente delimitado en el artículo 1.1 LCJ, lógica consecuencia de lo cual es que el párrafo 4 de ese mismo artículo 1 afirme 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).

En segundo lugar, 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 52.3,e) del Decreto 59/1996, de 2 de agosto, 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).

Finalmente, el Consejo Jurídico quiere recordar a las autoridades consultantes que las consultas facultativas han de estar seria y profundamente preparadas, y tratándose de Ayuntamientos, dicha consulta facultativa se ha de fundamentar en el informe del Secretario o titular del Servicio Jurídico de los municipios de gran población, 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.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Según se configure el régimen de prestación del servicio de agua domiciliaria, el Ayuntamiento titular de tal servicio puede retribuir al gestor mediante una tarifa a satisfacer directamente por los usuarios que, como tal, no conforma la Hacienda pública municipal pero tiene el carácter de prestación patrimonial de carácter público y debe ser aprobada por una Ordenanza no fiscal.

No obstante, V.E. resolverá.

