

**NATURALEZA DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR EMPRESAS
CONCESIONARIAS Y POR EMPRESAS MIXTAS PRESTADORAS DE LOS
SERVICIOS MUNICIPALES DE ABASTECIMIENTO, SANEAMIENTO Y
DEPURACIÓN DE AGUAS Y LEGALIDAD DEL COBRO O RECAUDACIÓN
POR PARTE DE DICHAS ENTIDADES**

Juan Francisco PARRA MUÑOZ

Técnico de Administración General. Ayuntamiento del Ejido

SUMARIO:

1. Servicio Público Municipal y Competencias Municipales.
 - 1.1. Servicio público local y competencia.
 - 1.2. Definición del servicio público.
 - 1.3. Numerus apertus o numerus clausus del servicio público local.
2. El ciclo integral del agua como servicio público municipal.
3. Los modos y formas de gestión de los servicios públicos.
 - 3.1. Modos de gestión directos y modos de gestión indirectos, y forma de gestión.
 - 3.2. Formas de gestión indirecta.
4. Naturaleza de la retribución a la empresa prestadora, bajo la modalidad de gestión indirecta de la prestación del servicio público municipal integral del agua: tasa, tarifa, precio público y precio privado.
 - 4.1. Hasta la entrada en vigor de la Ley 25/1998, de 13 de julio.
 - 4.2. Desde la vigencia de la Ley 25/1998, de 13 de julio hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
 - 4.3. Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
5. Gestión del cobro al usuario por parte de la empresa prestadora del servicio.
6. Conclusiones.

1. SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES.

1.1. Servicio público local y competencia.

Se ha de comenzar diciendo que la legislación española, a pesar del preeminente puesto en que coloca a la institución del servicio público y su exhaustiva regulación, sobre todo en lo que al servicio público local se refiere, no se ha atrevido a formular no ya una definición, sino ni siquiera un concepto del servicio público local.

En efecto, en lo que al ámbito local se refiere, el art. 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL), dispone que “*son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de su competencia*”. Con ésta definición el legislador local no intenta ofrecer un concepto abstracto del servicio público local, sino acotar qué actividades de las que prestan las entidades locales tienen la consideración de servicios públicos, y la respuesta dada no sirve porque reenvía los servicios públicos locales a una objetivación de la competencia, remitiendo, por tanto, a la competencia de los entes locales, por lo que es una definición tautológica, falsa, en cuanto que viene a decir que son servicios públicos locales todos aquellas actividades que integran las competencias locales.

Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de mayo de 1997, recurso de apelación 6813/1991, se ha hecho eco de esta definición del servicio público local de la LRBRL como objetivación de la competencia, mediante el reenvío al listado de las competencias de los entes locales, y la triple identidad entre servicio público local, competencia local y aspiraciones de la comunidad vecinal:

(...) en el ámbito local existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado art. 85 de la LRBRL, que consideran servicios públicos a cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de los entes locales. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local, no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de los particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos municipales caracterizados por la declaración formal o publicatio, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de los entes locales. De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del art. 85 de la LRBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local.

Pero el legislador, dada la expresión utilizada, puede inducir al error consistente en confundir e identificar los servicios públicos locales con las competencias municipales, o al menos con su concreción. Porque, si el art. 85.1 nos dice que son servicios públicos los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y acudimos a la fuente en donde se concretan estas competencias locales, que es el art. 25 LRBRL, su número 2 establece un listado de competencias locales sobre materias muy diversas con lo que podemos llegar a la conclusión de que todas ellas constituyen servicios públicos, en sentido técnico; así, por ejemplo, el apartado a) de dicho número, atribuye a los municipios, entre otras competencias, las de disciplina urbanística, la de promoción y gestión de vivienda de protección pública, y el b) parques y jardines públicos. Pues bien, la disciplina urbanística nunca puede constituir un

servicio público, entendido éste en su sentido material o técnico, en cuanto que constituye una manifestación del *ius imperium*, cuya ubicación correcta corresponde a la categoría de actividad de policía. En lo que se refiere a la competencia en materia de parques, resulta que el art. 26.1. b) de la LRBRL impone a los municipios con más de 5.000 habitantes el *servicio* de parque público, pero la construcción de un parque público no constituye un servicio público en su acepción técnica, constituirá, en todo caso, la imposición de una obligación, de un *facere* a los municipios, lo mismo que la disciplina urbanística, pero que a diferencia de ésta no tiene la naturaleza de *imperium*.

En todos los ejemplos anteriores el municipio está realizando actuaciones o actividades de distinta naturaleza que solamente tienen en común que constituyen ejercicio de competencias propias, de las que la actividad de servicio público es una más, es una parte de las competencias, pero no todas las competencias locales quedan agotadas en esta categoría; de ahí el grave error del legislador de regular de forma tan confusa y entrelazada los servicios públicos, las competencias locales y los servicios (algunos de ellos no tienen la categoría de públicos, en su acepción técnica) obligatorios.

Para poder ejercer las competencias el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Públicas un conjunto o haz de poderes o facultades que han de ser ejercitadas por éstas con la extensión, límites y contenido prefijado de antemano por las leyes. Por tanto, la potestad es consecuencia de la manifestación más genuina del *imperium* de la Administración Pública, y concebida como instrumento para el cumplimiento de sus fines. El art. 4 de la LRBRL establece el listado de potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a los entes locales en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias. El precepto citado expresamente dice que las potestades que enumera son las que corresponden *en todo caso* a los entes locales de carácter territorial, por lo que todas éstas pueden ser de aplicación necesaria en la actividad de servicio público.

Finalmente ha de hacerse referencia al concepto de competencia. Para ello partiremos de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y, en el ámbito civil, la tienen todas las personas, por el hecho de serlo, bien sean físicas, bien jurídicas. Por el contrario, capacidad de obrar es la aptitud para realizar válidamente negocios jurídicos. Por ello todas las personas, por el hecho de serlo tienen capacidad jurídica, pero no todas tienen capacidad de obrar, pues hay determinadas circunstancias (temporales unas, permanentes o indefinidas otras) que retrasan o impiden la plena capacidad de obrar, como por ejemplo, la menor edad o la demencia en las personas físicas. Pero en el Derecho público, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se identifican, y la idea de capacidad es sustituida por la de competencia, que es definida como la medida de la capacidad de cada órgano o ente público. A este respecto, el art. 2.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dice que *Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros*. Ahora bien, al ser la Administración Pública persona jurídica, necesariamente ha de actuar a través

de órganos; por esto la competencia puede predicarse tanto de los distintos órganos de una misma Administración como de la propia Administración. Así, las competencias recogidas en el art. 25 de la LRBRL corresponden al municipio como ente, no a sus diversos órganos, cuya clase y competencia regula la LRBRL en sus arts. 20 y ss. Las competencias de los municipios son, pues, las diversas materias o sectores sobre los que estos pueden actuar, actuación cuya extensión, contenido y límites vendrá determinado por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 25.2 párrafo primero); y la enumeración de las competencias de los municipios cumple la misma función que la enumeración de las competencias de las Comunidades Autónomas que hace la Constitución, obviamente con distinto alcance y naturaleza.

Por tanto, el servicio público local es una de las competencias que tienen atribuidas los entes locales, pero no todas las competencias constituyen manifestación de servicios públicos.

1.2. Definición del servicio público.

Así las cosas, teniendo en cuenta el contenido de las características predicables del servicio público, recogidas por la jurisprudencia y admitida por la mayoría de los autores, y que por tanto podría encontrarse en cualquier manual de Derecho Administrativo al uso, se puede definir el servicio público local de la siguiente manera: *“actividad material o técnica y de contenido económico y de titularidad pública, en cualquier caso positiva e indispensable para la vida social, prestada al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales, y bajo un régimen jurídico especial, y que es prestada por la propia Administración o por terceros por delegación de ésta”*.

El que una actividad sea calificada por la norma como servicio público (*publicatio*) lleva aparejada su titularidad y prestación por parte de la Administración titular sin necesidad de ningún ulterior requisito.

1.3. Numerus apertus o numerus clausus del servicio público local.

Se ha discutido vehementemente tanto en la doctrina, como en resoluciones judiciales el carácter de lista cerrada o de lista abierta de las actividades consideradas de servicio público local.

Tras la modificación operada en el texto del artículo 25.1 de la LRBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, **el servicio público local ha pasado de numerus apertus a numerus clausus.**

En efecto, la redacción original del referido artículo decía lo siguiente:

El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar cuantos servicios

públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Y en su redacción actual:

El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

El número 2 del mismo artículo establece un listado cerrado de actividades de servicio que pueden prestar los municipios.

Así, que a partir de la referida modificación de la LRBRL, el sistema que mantiene nuestra legislación de régimen local sobre este punto queda sintetizado en la siguiente escala gradante y decreciente de los servicios públicos, en función de su mayor a menor intensidad de la indispensabilidad social que cumplen las actividades prestacionales objeto de los mismos:

A) Servicios públicos prestados por los entes locales en ejercicio de competencias propias (art. 7.2 LRBRL):

- a) Servicios que pueden prestarse en régimen de monopolio, listado del art. 86.2 LRBRL.
- b) Servicios mínimos obligatorios, listado del art. 26 LRBRL.
- c) Servicios no obligatorios, listado del art. 25.2 en relación con el 25.1 de la LRBRL.

B) Servicios públicos, distintos de los indicados en la letra A) prestados por los entes locales en ejercicio de competencias delegadas por el Estado y las Comunidades Autónomas.

C) Servicios públicos, distintos de los indicados en las letras A) y B), ejercicios como competencias impropias, en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 7 de la LRBRL.

Y por debajo de la categoría de los servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas en ejercicio de la iniciativa pública (art. 86.1 LRBRL)

2. EL CICLO INTEGRAL DEL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL.

Lo primero que hay que decir en relación con este servicio público municipal es que **no ha sido afectado por la reciente reforma legislativa** en materia de servicios públicos municipales.

Así el vigente artículo 25.2 c) LRBRL, atribuye al municipio competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales (suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales decía el antiguo 25.2 l)).

De la misma manera, el artículo 26.1 a) impone a todos los municipios, cualesquiera que sea su población, la prestación obligatoria de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, en los mismos términos que con anterioridad a la reforma.

Finalmente, el artículo 86.2 declara la reserva a favor de las entidades locales, es decir, que pueden prestarse en régimen de monopolio, siguiendo el procedimiento establecido en dicho artículo, a los servicios esenciales de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, en los mismos términos que establecía anteriormente el artículo 86.3.

3. LOS MODOS Y FORMAS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES.

3.1. Modos de gestión directos y modos de gestión indirectos, y forma de gestión.

El servicio público local es ante todo, como ya sabemos, una actividad prestacional de naturaleza económica y que forma parte del elenco competencial de los entes locales. Para desplegar esta actividad la Administración titular puede optar entre una gama, más o menos amplia, de instrumentos o medios previstos y o público.

Históricamente hubo una polémica terminológica sobre la expresión que debía de ser empleada para designar a los instrumentos de gestión del servicio público. ALBI CHOLBI y la doctrina minoritaria se inclinaba a utilizar la expresión *modos de gestión*, mientras que la doctrina en general y el legislador se inclinaban por la de *formas de gestión*. En la actualidad son empleadas ambas expresiones de forma equívoca, si bien los textos legales utilizan la de *formas de gestión*, aunque entiendo que existe una diferencia entre ellas.

Tanto la doctrina como el derecho positivo desde siempre han dividido en dos grandes bloques la gestión de los servicios públicos: la gestión directa y la indirecta.

Para que una actividad pueda ser considerada como servicio público es preciso que el derecho positivo le atribuya a una Administración Pública su titularidad (con independencia que tal titularidad sea compartida con los sujetos particulares), pues bien, tanto la gestión directa como la indirecta parten de la titularidad pública de la actividad, pero mientras que en la gestión directa el titular es asimismo la propia Administración titular del servicio, en la gestión indirecta el sujeto gestor es otra persona distinta de aquella, *persona interposita* entre la Administración y el usuario del servicio. De aquí se deriva otra diferencia fundamental: si la actividad de servicio público es una actividad de naturaleza económica, en la gestión directa es la propia Administración quien directamente sufre el riesgo económico de su explotación, mientras que en la gestión indirecta tal asunción le corresponde a la persona interpuesta titular del ejercicio de la actividad.

Por ello, para deslindar en la actualidad los términos *modos de gestión* y *formas de gestión*, hemos de reservar el primero para referirnos a la gestión directa y a la

indirecta, y el segundo para señalar las diversas concreciones que admite tanto el modo de gestión directo como el indirecto.

Así pues, en la gestión directa es el propio ente local el titular de la actividad y el titular de la gestión y explotación, mientras que en la gestión indirecta el ente local es el titular de la actividad, mas no así de la gestión y explotación cuyo titular es un tercero designado por la propia Administración a través de cualesquiera de los procedimientos señalados por la ley.

En la gestión directa se mantiene tanto la titularidad del servicio como la titularidad de la gestión del servicio en mano pública; en la gestión indirecta ambas titularidades se disocian y mientras la titularidad sigue siendo pública (característica esencial en el servicio público), la gestión del servicio recae en mano privadas.

El artículo 85.2 de la LRBRL dispone que la Administración pública competente habrá de tener en cuenta para la elección tanto del modo como de la forma de gestión de los servicios públicos que éstos habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre los siguientes que enumera, y asimismo, el artículo 275.1 TRLCSP, que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

A. Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local
- b) Organismo autónomo local
- c) Entidad pública empresarial local
- d) Sociedad mercantil cuyo capital social sea de titularidad pública.

B. Formas indirectas:

Cualesquiera de la formas previstas para el contrato de gestión de los servicios públicos establecidas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP, que, son las siguientes (art 277):

- a) Concesión
- b) Gestión interesada
- c) Concierto
- d) Sociedad de economía mixta.

3.2. Formas de gestión indirecta.

La nota común de los modos indirectos en la gestión de los servicios públicos es la intervención de un empresario privado que o bien de forma solitaria (concesión), o bien en colaboración con la Administración pública local titular del servicio público en cuestión (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), participa en la

explotación económica de la gestión y asume el riesgo de la gestión empresarial del servicio en mayor (concesión, empresa mixta) o menor (gestión interesada, concierto) intensidad.

Es definido el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 8 TRLCSP como aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.

En la concesión, el empresario privado, el concesionario, gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, según declara el artículo 277 del TRLCSP, y otro tanto ocurre en la gestión mediante sociedad de economía mixta, pues la responsabilidad de la entidad local en ésta queda limitada a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, que en ningún caso puede ser inferior al valor de los derechos o bienes aportados, según dispone el artículo 105 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigente en materia de Régimen Local (en adelante, TRLRBRL), ratificando lo ordenado en el artículo 110 del Decreto de 17 de junio de 1955 del Reglamento de Servicios (en adelante, RS), según el cual, la responsabilidad económica de las Corporaciones Locales se limitará a su aportación a la sociedad, por tanto, del exceso responde el socio privado, aparte de que las formas que suele revestir esta forma de gestión es la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada, y el artículo 2 de la ley reguladora, de ambas, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, declara que estas sociedades, cualquiera que sea su objeto tendrán carácter mercantil, es decir que su finalidad es lucrativa, la obtención de un beneficio económico, característica que lleva aparejada el riesgo y ventura en la explotación de la actividad.

Es necesario hacer un pequeño inciso para dejar constancia de que el RS no está en la actualidad formalmente derogado, por lo que sus concretas disposiciones son de aplicación, siempre que, obviamente, no hayan sido derogadas expresa o tácitamente por normas posteriores. Así lo ha declarado la STS de 18 de marzo de 1993, recurso 6439/1990 ha declarado que

(...) la normativa aplicable en materia de régimen local mantiene la vigencia del citado Reglamento. Así se deduce de una interpretación conjunta de la Disposición Final Primera de la Ley 7/1985, de 2 abril, Básica del Régimen Local, y la Disposición Derogatoria del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril. Pues aquella Disposición Final diferencia claramente entre la autorización al Gobierno para dictar el Texto Refundido y la autorización para actualizar los Reglamentos, entre ellos el de Servicios, mientras que la citada Disposición Derogatoria no contiene derogación expresa de dicho Reglamento.

Por tanto, no habiendo sido actualizado en la fecha de autos el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y hasta que el Gobierno no haga uso de la autorización que le fue otorgada, ha de entenderse que continúa en vigor el texto aprobado por Decreto 17-6-1955.

Para todas las formas de gestión indirectas agrupadas en el contrato de gestión de servicios, la retribución a percibir por el contratista se fijará en función la utilización del servicio, y que percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, según declara el artículo 281 TRLCSP. Esta dualidad en el sujeto pagador al concesionario (el usuario o la Administración), así como el modo indirecto es capital a la hora de abordar el epígrafe siguiente de este informe.

4. NATURALEZA DE LA RETRIBUCIÓN A LA EMPRESA PRESTADORA, BAJO LA MODALIDAD DE GESTIÓN INDIRECTA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL INTEGRAL DEL AGUA: TASA, TARIFA, PRECIO PÚBLICO Y PRECIO PRIVADO.

La naturaleza del concepto retributivo que por la prestación del servicio público del suministro domiciliario de agua potable, y en general, del ciclo integral del agua (alcantarillado, depuración, etc.) percibe el gestor privado directamente del usuario, ha dado lugar a una larga y ardua polémica que ha sido causada por las deficientes y numerosas modificaciones legislativas y por los pronunciamientos de los tribunales.

Se pueden distinguir dos períodos legislativos en que la naturaleza de la prestación ha dado giros de 180 grados, por lo que en la actualidad, el tercero, nos encontramos en el punto de partida.

4.1. Hasta la entrada en vigor de la Ley 25/1998, de 13 de julio.

El RS es sumamente confuso a este respecto cuando la retribución a percibir por el contratista proviene directamente del usuario del servicio.

Así el artículo 115 del RS, según el cual necesariamente han de constar en las cláusulas del pliego de la concesión *las tarifas que hubieren de percibirse del público*; el 129.1 b), que declara que el concesionario percibirá como retribución *las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a la tarifa aprobada*; el 130.1 que permite a la Corporación otorgar al concesionario la utilización de la *vía de apremio para percibir las prestaciones económicas de los usuarios derivadas de la concesión*; el artículo 152.1, *las tarifas de Empresas Mixtas o concesionarias, se entenderán sujetas a revisión periódica o extraordinaria*; el artículo 155.1, tanto en la prestación en modo directo como en el indirecto, *las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio*.

Aunque de los preceptos legales transcritos parece desprenderse que la naturaleza de la retribución económica a abonar por el usuario del servicio tiene la naturaleza de tasa, sea cual sea el modo y la forma de prestación del servicio, el número 2 del artículo 155 dispone que *si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada, municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles*, si bien, el número 3 del mismo establece como excepción al apartado 2 que *cualquiera que sea la forma de prestación, tendrán, no*

obstante carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueren de recepción obligatoria a los administrados.

Pero aún en los supuestos a que se refiere el número 3 del artículo 155, es incompatible con el carácter de tasa la potestad que el 130.1 permite a la Corporación otorgar al concesionario de utilizar la vía de apremio para percibir las prestaciones económicas de los usuarios derivadas de la concesión.

El Tribunal Supremo vino a aclarar la cuestión mediante pronunciamientos diversos y constantes, que examinamos a continuación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1997, recurso de apelación 13693/91, declara la naturaleza de precio privado; en esta sentencia el TS no cuestionó la naturaleza de precio sometido a autorización autonómica de las tarifas por suministro de agua potable a una urbanización durante los ejercicios 1986, 1987 y 1988, sino que directamente dio por sentado que se trataba de un precio privado.

La sentencia de 16 de junio de 1997, recurso de apelación 1048/1991 Sociedad General de Aguas de Barcelona. Se trata de un recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, dando la razón a la “Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.”, había considerado exentos de la contribución territorial urbana correspondiente al ejercicio 1984 los terrenos e instalaciones afectos al servicio de suministro de agua, revocó tal pronunciamiento al estimar que dichos bienes no son de servicio público, aun cuando estén afectos a uno de ellos. En su discurso, el Tribunal Supremo razonó que la contraprestación dineraria que el usuario satisfacía por el suministro del agua no era un ingreso público, ni tasa ni precio. Se trataba de una renta de derecho privado, diciendo que *la contraprestación del usuario, y las condiciones de prestación del servicio, por muy intervenidos que estén administrativamente, constituyen la "renta" o beneficio más importante de la Empresa concesionaria*. Y continua diciendo que la *“tarifa de derecho público” hace referencia no a tarifa aprobada administrativamente, como ocurre con los precios del agua cuando la compañía concesionaria es una entidad privada que lo percibe como contraprestación del usuario por el suministro y pasa a engrosar su propia tesorería, sino a ingreso de derecho público, que, como tal, ha de pertenecer por fuerza a una Administración, nunca a una entidad privada*. A pesar de la clara dicción de los artículos, vigentes a la sazón, 26.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), que define las tasas en sentido idéntico a como viene definida en la actualidad en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (en adelante, TRLHL); arts. 199.b) y 212.21 TRLRBL, según los cuales los Ayuntamientos podrán establecer tasas por la prestación del servicio del suministro de agua; y 155.3, RS, que como hemos visto, declara diáfano que *cualquiera que sea la forma de prestación, tendrán, no obstante carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueren de recepción obligatoria a los administrados*, el Tribunal Supremo no considera tasa las tarifas correspondientes a un servicio de recepción obligatoria o indispensable para la vida

social y a pesar de que la legislación vigente les atribuía expresamente la naturaleza de tasa como el del suministro de agua potable, cuando dicho servicio sea prestado de forma indirecta y sea el titular de la gestión del servicio quien perciba directamente de los usuarios la contraprestación económica. Es más, en este caso, la gestión indirecta es prestada por una empresa participada mayoritariamente por el municipio.

La sentencia de 27 de septiembre de 1997, Aguas Potables de Barbastro, empresa participada mayoritariamente por capital municipal, recurso de apelación 9964/91, declaró que, cuando el servicio municipal de agua potable, de prestación obligatoria, se suministra de forma indirecta mediante concesión, las cantidades que la entidad concesionaria percibe de los usuarios constituyen precios privados, intervenidos y autorizados administrativamente, nunca tasas ni precios públicos.

La sentencia de 21 de abril de 1999, recurso de casación 566/97, Ayuntamiento de Valencia, declaró, que la tarifa general exigida por la “Sociedad Aguas de Valencia, S.A.”, concesionaria del servicio en dicho Ayuntamiento, es un precio privado, aunque por virtud de la potestad tarifaria que tiene atribuida en virtud de los artículos 115, 116 y 127 del RS, corresponda al ente local su aprobación. La sentencia extiende tal caracterización de precio privado a una tarifa especial por metro cúbico consumido para financiar las obras de ampliación de la red, diciendo el TS que trata de *un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional*.

La sentencia de 3 de julio de 2007, recurso de casación 1727/2002, Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, en la que el TS recuerda que su jurisprudencia *viene distinguiendo tradicionalmente entre la prestación del servicio (de abastecimiento domiciliario de agua) en régimen de derecho público, supuesto que da lugar a la percepción de una tasa, y prestación en régimen de concesión, que da lugar a un ingreso de derecho privado para la entidad concesionaria*.

En el mismo sentido, SSTs: 29 de octubre de 2003, recurso de casación 566/1997, Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos; 12 de noviembre de 1998, recurso de apelación 635/1993, Mancomunidad intermunicipal de Moguer-Palos de la Frontera; 5 de febrero de 2009, recurso de casación 3454/2005, Empresa Municipal de Aguas de Córdoba; 29 de octubre de 2003, recurso de casación 566/1997, Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos; 22 de diciembre de 2001, recurso de casación 5759/1996, Ayuntamiento de Zaragoza; 19 de diciembre de 2007, recurso de casación 3645/2002, Ayuntamiento de Benidorm; 12 de marzo de 2010, recurso de casación 6822/2004, Aguas Potables de Bernia y 3 de febrero de 2011, recurso de casación 5325/2006 Ayuntamiento de Mérida.

Por tanto, en este período se ha venido admitiendo pacíficamente la naturaleza de precio privado de la tarifa por el suministro domiciliario de agua potable cuando es prestado y cobrado directamente, en los supuestos de gestión indirecta, por la empresa titular de la gestión del servicio.

4.2. Desde la vigencia de la Ley 25/1998, de 13 de julio hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El punto de inflexión de la anterior doctrina hay que buscarlo en la STC 185/1995, de 14 de diciembre, recurso de inconstitucionalidad 1.405/1989, en cuya virtud fue dictada la Ley 25/1998, de 13 de julio, modifica el Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (en adelante, LMLTELPPP), la cual modificó el artículo 26 de la LGT en lo que se refiere al concepto de tasas, el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y precios Públicos (en adelante, LTPP), así como el TRLHL artículo 20, y otros, referente a la definición y concepto de tasa, tal y como está redactado en la actualidad.

Es de destacar que después de definir el artículo 2 a) de la LGT que *tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, 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*, dispone en el último párrafo de dicho apartado 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 corresponde a un servicio público*.

Ante estas modificaciones legislativas contundentes, fundamentalmente, la última citada, el precio por la contraprestación del servicio público del abastecimiento domiciliario del agua tiene la naturaleza de tasa, cualquiera que sea el modo y la forma de gestión de su prestación, por lo que aunque el modo de gestión sea indirecto, el precio de la contraprestación que por el mismo satisface el usuario a la empresa privada titular de la gestión del servicio, tiene la naturaleza de tasa.

Así ha sido reconocido expresamente, y por razón de las modificaciones legislativas citadas en las SSTS de 16 de julio de 2012, recurso de casación 62/2010; 24 de septiembre de 2012, recurso de casación 4788/2010; 3 de diciembre de 2012, recurso de casación 4354/2011, y la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, número 439/2013, de 10 de octubre.

4.3. Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Pero una nueva modificación legislativa ha vuelto al punto de partida.

En efecto, la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) suprime el segundo párrafo del artículo 2 de la LGT.

Esta supresión significa que la naturaleza de la retribución de la prestación de los servicios públicos municipales cuando sean gestionados de modo indirecto y la contraprestación sea satisfecha directamente por el usuario al empresario gestor, vuelve a tener la naturaleza de precio privado, desde la entrada en vigor de la LES.

Y ello aunque no haya sido modificado el concepto de tasa introducido como modificación en la LTPP y en la TRLHL por la LMLTELPPP.

En efecto, así lo reconocen las propias sentencias que en el anterior período, bajo la redacción del artículo 2 de la LGT en los términos establecidos por la LMLTELPPP, declararon la naturaleza de tasa de la contraprestación de los servicios públicos en los supuestos que estamos examinando.

Así, la STS 16 de julio de 2012, recurso de casación 62/2010, aunque se refiere y examina hechos acontecidos bajo el anterior régimen legal, fue dictada con posterioridad a la modificación en el sistema introducido por la disposición final quincuagésima octava de la LES al suprimir el segundo párrafo del artículo 2 de la LGT, en su anterior redacción. Y estas circunstancias son recogidas expresamente en los fundamentos de la sentencia, al declarar:

Pese al aparente "desorden", la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998 en que el servicio podía financiarse mediante precios públicos), nunca se le ha planteado un supuesto tal. A partir de esa segunda Ley, y también bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 2.2.) y del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, 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 25.2.1)) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

Lo expuesto, como hemos dicho al inicio del anterior fundamento, es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada caso ha hecho esta Sala. Parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a), llevada a cabo en 2011 por la Ley de Economía sostenible, abre un panorama diferente, sobre el que no nos toca pronunciarnos para zanjar el actual supuesto.

Y de forma idéntica se pronuncian las SSTS 24 de septiembre de 2012, recurso de casación 4788/2010; 3 de diciembre de 2012, recurso de casación 4354/2011, y la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, número 439/2013, de 10 de octubre

Por tanto, no cabe duda que en la actualidad la naturaleza de la contraprestación económica de la retribución al titular privado de la gestión del servicio público, cualquiera que sea la forma que esta adopte, es la de precio privado.

Pero esta no es una opinión fundamentada aunque personal, sino que así lo ha declarado el *Informe de 26 de julio de 2011 de la Dirección General de Tributos*

(Fuente: <http://petete.meh.es>), sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación por la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado emitido a petición del Presidente de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos (AEAS) en el que plantea las siguientes cuestiones.

Las cuestiones concretas que el Presidente somete a la Dirección General de Tributos, fueron las siguientes:

1.- ¿Cuál es la interpretación y alcance que ha de darse a la nueva dicción del art. 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, una vez suprimido su segundo párrafo, respecto de la contraprestación que los usuarios de un servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado satisfacen al prestador de dicho servicio?

2.- ¿Puede revestir la naturaleza jurídica de tarifa (precio privado) la contraprestación económica que los usuarios del servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado satisfacen a la empresa pública mixta o privada, prestadora del servicio en virtud de un título o derecho especial o exclusivo?

La respuesta literal fue la siguiente:

Los apartados 1 y 2 del artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, señalan que:

"9. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

- Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

- Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no

establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por éste en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras."

Añadiendo el apartado 4 de este mismo artículo lo siguiente:

"Conforme a lo provisto en el apartado 1 anterior; las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local. Y en particular por los siguientes:

(...)

r) Servicios de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares.

(...)

t) Distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales.

(...)"

Por otro lado, con efectos desde el 6 de marzo de 2011, la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE del 5 de marzo), ha suprimido el segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria (LGT), conforme al cual y al definir el concepto de tasa se entendía como que los servicios a actividades se prestaban o realizaban en régimen de Derecho público cuando se llevasen a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad correspondiera a un ente público.

De resultas de tal modificación legislativa y para aquellos supuestos en que la gestión de los servicios se lleve a cabo por sociedades mercantiles en régimen de Derecho privado, como es el caso planteado en su escrito, nada obsta a que, de forma consecuenta con la naturaleza de dicho régimen jurídico, la Administración titular establezca un marco, en su caso intervenido, de precios privados por la prestación de tales servicios, doctrina ya establecida por la Administración antes de la promulgación de la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria, en su contestación a

consulta tributaria de 23 de noviembre de 1998 sobre servicio de suministro de aguas.

La supresión del segundo párrafo del artículo 2.2,a) de la LGT ha supuesto la vuelta a un esquema similar al anterior establecido por el Tribunal Supremo, que, en sentencias de 2 de julio de 1999 y 20 de octubre de 2005, estableció un criterio diferenciador para distinguir entre tasa y tarifa en relación a la prestación de los servicios públicos locales en base a la condición del ente gestor de los mismos.

En el sentido anterior, si un ente local gestionaba directamente, sin ningún tipo de delegación el servicio público, debía exigir una tasa. 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.

En el supuesto planteado en su escrito el ente gestor es una empresa pública, mixta o privada que se rige por el Derecho privado. De tal forma que, al no darse el requisito exigido en el artículo 2.2.a) de la LGT de que los servicios se presten o las actividades se realicen en régimen de Derecho público, tal prestación se puede reconducir al ámbito de los precios privados.

5. GESTIÓN DEL COBRO AL USUARIO POR PARTE DE LA EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO.

Desde siempre ha sido pacífica en la doctrina el hecho de que sea el propio concesionario o gestor privado quien perciba directamente del usuario la retribución por la prestación del servicio. En efecto, la percepción de la retribución del precio por los gestores titulares del servicio forma parte del conjunto de atribuciones a éste. El artículo 128.3.1º del RS ha incluido entre los derechos del concesionario, la de *percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio*, en la que el apartado b) del artículo 129 comprende *las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a la tarifa aprobada*.

El artículo 281.1 del TRLCSP, aplicable a todas las formas contractuales de la gestión indirecta, y por tanto, a la concesión y a la empresa de sociedad mixta, declara expresamente que la retribución, bajo la modalidad de la gestión indirecta, será percibida o bien directamente de los usuarios, o bien de la propia Administración. Por tanto, corresponderá a los pliegos de condiciones que han de regir la correspondiente licitación los que habrán de especificar si la retribución va a ser percibida directamente por el gestor directamente a través de los usuarios, o, por el contrario, a través de la Administración.

Obviamente, la facultad de la percepción de la retribución directamente por el usuario lleva implícita la gestión del cobro; será por tanto, en este caso, el gestor privado titular de la prestación del servicio quien haya de contar y organizar los medios materiales, personales y organizativos para llevar a cabo el cobro del precio.

Se ha de hacer constar que lo dispuesto en el artículo 281.1 es de aplicación con independencia de la naturaleza económica que tenga la retribución por la prestación del servicio.

Ahora bien, para que el gestor privado pueda hacer uso de la facultad de la vía de apremio es preciso que venga recogido en el pliego de cláusulas de la licitación, y que para hacerla efectiva habrá de seguir el siguiente procedimiento (art. 130 RS):

1º.- Expedición por el gestor privado de la correspondiente certificación de descubierto.

2º.- Entrega de la certificación al Interventor de la Corporación si ésta cumple los requisitos formales y si los débitos comprendidos en la misma corresponden a los conceptos a que se contrae la vía de apremio, y si se ha agotado el plazo de recaudación voluntario.

3º.- Comprobados los anteriores extremos, el Alcalde expedirá la providencia de apremio.

6. CONCLUSIONES.

1ª.- La actividad de servicio público local es una manifestación de las competencias locales, pero no todas las competencias locales constituyen servicio público.

2ª.- Las actividades prestacionales que constituyen servicio público local son las expresa y tasadamente enumera la LRBRL.

3ª.- Entre ellas, se encuentra el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, actividades que, además tienen el carácter de obligatorias para todos los municipios, y que, siguiendo los trámites previstos, pueden ser ejercidos en régimen de monopolio.

4ª.- Las actividades que constituyen servicio público pueden ser prestadas de modo directo (por la propia Corporación) o de modo indirecto.

5ª.- Todas las formas de prestación en modo indirectos constituyen el contrato de servicio público, regulado en el TRLSC.

6ª.- La retribución en todas las formas de gestión en modo indirecto puede ser percibida por el empresario bien, directamente del propio usuario, bien directamente por la Administración.

7ª.- En el caso de retribución del empresario directamente del usuario del servicio, en todas las formas de gestión en modo indirecto, ésta tiene la naturaleza de precio privado.



Tribuna: **Naturaleza de los ingresos percibidos por empresas concesionarias y por empresas mixtas prestadoras de los servicios municipales de abastecimiento, Saneamiento y depuración de aguas y legalidad del cobro o recaudación por parte de dichas entidades**

JUAN FRANCISCO PARRA MUÑOZ



Página 18 de 18

8ª.- En el supuesto de que el empresario titular de la gestión del servicio perciba directamente del usuario la retribución, y con independencia de la naturaleza de ésta, aquél tiene el derecho y la obligación de gestionar el cobro.

9ª.- El empresario puede hacer uso de la vía de apremio solamente si así viene recogido en el pliego de condiciones, y con el procedimiento previsto en el RS.

