

Aspectos jurídicos del precio del agua

Especial referencia a la empresa metropolitana de aguas de Sevilla (EMASESA)¹

Luis Enrique Flores Domínguez

Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

I.- ABASTECIMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS UNA COMPETENCIA TÍPICAMENTE MUNICIPAL. II.- LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA. III.- EL CONFLICTO ENTRE LA POTESTAD TARIFARIA LOCAL Y LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. PAUTAS JURISPRUDENCIALES. IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRAPRESTACION POR EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA. IV.- PROCEDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS TARIFAS. V.- SINGULARIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE EMASESA. EL SUPUESTO DE LA SOCIEDAD INTERLOCAL.

I ABASTECIMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS UNA COMPETENCIA TÍPICAMENTE MUNICIPAL

El Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 (art. 201) contemplaba como obligación mínima de los Ayuntamientos:

a) el suministro, vigilancia y protección de aguas potables, de pureza bacteriológica garantizada

¹ Se incorporan al presente trabajo unas reflexiones previas formuladas con ocasión de nuestra intervención en la jornada técnica “Aspectos jurídicos y administrativos del precio del agua”. En *Jornada Técnica “¿Qué pagamos en la factura del agua?”*. Grupo Yoli-Emasesa. Sevilla, 17 de diciembre de 2013. A la que se han añadido diversos informes elaborados por quien suscribe en la Secretaría General del Ayuntamiento de Sevilla, con ocasión de las tarifas de EMASESA.

b) la evacuación, en condiciones higiénicas, de las aguas negras y materias residuales.

En los de más de 15.000 habitantes, además, era exigible la desaparición de los pozos negros y su sustitución gradual por sistemas modernos de depuración y eliminación de las excretas.

La Ley de Régimen Local de 1955 fue más cicatera, ya que la prestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado solo era exigible para los municipios con núcleos de población superior a 5.000 habitantes. En los de menos, únicamente era obligatorio el servicio de “surtido de agua potable en fuentes públicas; abrevaderos y lavaderos”.

La Ley /71985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), volvió a establecer la obligatoriedad, en todos los municipios, de la prestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado (artículo 26.1.a). Además, el artículo 86.2 declara la reserva en favor de las Entidades locales de los servicios de “abastecimiento y depuración de aguas”, que, en consecuencia, pueden prestarse en régimen de monopolio. La reforma efectuada a la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local mantiene esta previsión, pero estos son dos de los servicios que en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará su prestación (nuevo artículo 26.2).²

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. El coste lo repercutirá al municipio o se financiará mediante tasas. Estando este trabajo en impresión, el Consejo de Estado ha emitido el Dictamen de 22 de mayo de 2014, en el conflicto en defensa de la autonomía local, cuestionando la Constitucionalidad de esta fórmula.

² Resulta curioso que el apartado 1.a) del artículo 26 se refiera a los servicios de “abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado”, y el apartado 2.b a los servicios de “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales”.

Por su parte, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), atribuye competencia a los municipios para el abastecimiento de agua de consumo en su artículo 9.4. Asimismo, esta norma le atribuye en su artículo 31.2 la consideración de servicio público básico por remisión al artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo y a mayor abundamiento, la consideración de servicio público reservado conforme al artículo 32.

La realidad, no obstante, es que estos servicios han sido prestados siempre en el ámbito supramunicipal, mediante la fórmula de la asociación de municipios - Mancomunidades- o mediante la creación de Consorcios cuando participaban distintas Administraciones. Resulta, por ello, sorprendente que la nueva redacción del artículo 26.1 haya suprimido la referencia que se hacía a la posibilidad de prestar los municipios los servicios obligatorios “asociados”. Aunque ya hemos dicho que el nuevo artículo 26.2 al referirse a la gestión coordinada por la Diputación contempla a los consorcios y a las mancomunidades.

La EMPRESA METROPOLITANA DE AGUAS DE SEVILLA, SOCIEDAD ANÓNIMA (EMSASESA) planteó una fórmula novedosa al constituir una sociedad mercantil cuyo capital social fue suscrito por once municipios³, a pesar de que el entonces vigente artículo 85.2.A,d) LBRL exigía para la gestión directa mediante sociedad mercantil local que “el capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma”. Esta fórmula tuvo posteriormente pleno respaldo legal con la disposición final primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al posibilitar que la gestión directa del art. 85.2 pudiera ser mediante sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública, lo que permitía que fuese de varias entidades locales.

Posteriormente, el artículo 39 LAULA regula la figura de la sociedad interlocal señalando literalmente lo siguiente:

“Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

³ EMASESA, como empresa de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla SA, comienza su actividad el 23 de octubre de 1974, cuando fue erigida por el Ayuntamiento de Sevilla como empresa municipal, habiendo modificado su denominación como Metropolitana el 8 de mayo de 2007. Gestiona el abastecimiento directo de agua potable de la capital hispalense y el de las poblaciones de Camas, Dos Hermanas, Alcalá de Guadaíra, Mairena de Alcor, San Juan de Aznalfarache, Coria del Río, La Puebla del Río, Alcalá del Río, La Rinconada, El Garrobo y El Ronquillo. Con Agua bruta, sin tratar, abastece también a las 26 poblaciones situadas en el Aljarafe sevillano y a Guillena - Las Pajanas

1. *Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.*
2. *Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.*
3. *Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.*
4. *No puede tener encomendadas actividades de mercado.*
5. *Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean.”*

II. LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA

Como antecedente de la intervención administrativa en la fijación del precio del agua podemos citar el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, que estableció un régimen de precios hasta el 31 de diciembre de 1974. Este régimen, con modificaciones, fue mantenido sin fecha por el Decreto-ley 6/1974, de 27 de noviembre, desarrollado por Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre.

Los llamados Pactos de la Moncloa, en documento aprobado el 27 de octubre de 1977, acordaron, entre otras medidas económicas, el “Mantenimiento transitorio de un sistema de precios controlados que afectará a productos estratégicos respecto del coste de la vida o a los precios que se formen bajo condiciones monopolísticas.” En desarrollo de este acuerdo se dictó el R.D. 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, con el fin de evitar en la formación de los precios componentes que pudieran perturbar el objetivo de reducir la tasa de inflación (26,390% en 1977). El régimen jurídico que establece el Decreto es, en síntesis, el siguiente:

- a) Establecer una lista de bienes y servicios para los que la elevación del precio requería autorización, los denominados precios autorizados (entre ellos, agua –abastecimiento de poblaciones-, siendo competencia de la Comisión Provincial de Precios). Y otra lista de bienes y servicios que exigían comunicación previa a su aplicación, denominados precios comunicados.
- b) La elevación de precios sin la autorización o comunicación previa constituía infracción en materia de disciplina del mercado.
- c) El criterio para elevar el precio debía basarse en elevaciones de costes de

producción o de comercialización. Las amortizaciones, nuevas inversiones y la retribución de recursos propios o ajenos, se considerarán desde la perspectiva normal del desarrollo de la actividad empresarial. También deberán tenerse en cuenta factores de posible compensación de costes y muy especialmente los derivados de incrementos de productividad.

En el ámbito de los servicios locales hay que destacar el Real Decreto 2225/1977, de 5 de agosto, por el que se modifica el Decreto 3474/1974, de 20 de diciembre, en lo relativo a las autorizaciones de aumento de tarifas de servicios de competencia local. El procedimiento que se establece es el siguiente: a) los expedientes de elevación de las tarifas de los servicios de competencia local se tramitarán inicialmente por la corporación titular del servicio, a instancia del órgano o entidad gestora o concesionaria del mismo. A la petición deberá acompañarse el estudio económico previsto por el artículo dieciocho, apartado primero, de la ley cuarenta y ocho/mil novecientos sesenta y seis, de veintitrés de julio; b) la corporación emitirá informe motivado sobre la elevación solicitada, precisando con exactitud las cantidades o porcentajes de aumento que estime adecuados, y elevará el expediente completo al gobernador civil de la provincia; c) el gobernador civil someterá el expediente a informe de la comisión provincial de precios y, en especial, de los servicios provinciales de los ministerios competentes por razón de la materia; d) evacuados estos trámites, el gobernador civil dictará resolución fijando la cuantía concreta de la elevación, que en ningún caso podrá exceder del máximo fijado por la corporación en su informe.

La CE en su artículo 140 reconoce la autonomía de los municipios, que ha sido definida por el TC como una garantía institucional (STC 32/1981, de 28 de julio), si bien la nueva redacción del artículo 2 LBRL la sujeta “a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. El artículo 4,b LBRL, entre un elenco de potestades, atribuye a los municipios la potestad tributaria y financiera. No obstante, el artículo 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, matiza que esa potestad tributaria se desarrolla de acuerdo con la Constitución y las leyes. Un límite claro a esta potestad lo impone la reserva de ley que establece el artículo 31 CE a la hora de fijar prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (sobre este concepto volveremos más adelante). No obstante esta previsión constitucional de reconocimiento de la autonomía local, ha sido pacífica la utilización del R.D. 2695/1977 para adoptar medidas en materia de intervención de precios. Así, las Órdenes de 1 de diciembre de 1986, 23 de diciembre de 1987 o 26 de febrero de 1993, todas ellas dictadas después de la entrada en vigor de la Constitución.

Un avance en la liberalización de precios lo constituye el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y li-

beralización de la actividad económica, cuyo art. 16 suprimió la Junta Superior de Precios y liberalizó una serie de precios. El agua (abastecimiento a poblaciones) se mantuvo como precio autorizado pero de ámbito autonómico al incluirse en el anexo 2, correspondiendo a las Comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios su aprobación (sic).

Como consecuencia de la configuración del Estado autonómico, y el acceso a la autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por Real Decreto 4119/1982, de 29 de diciembre, se traspasó a la Comunidad Autónoma las competencias sobre precios autorizados, tanto las atribuidas por R.D. 2695/1977 a las Comisiones Provinciales de Precios, como las atribuidas por R.D. 2225/1977 a los Gobernadores Civiles. Además, se crea la Comisión de Precios en Andalucía.

La regulación en Andalucía se llevó a cabo mediante las siguientes normas: a) Decreto 99/1985, de 15 de mayo, que crea las Comisiones Provinciales de Precios; b) Decreto 266/1988, de 29 de febrero, ampliando la desconcentración. La vigente regulación la encontramos en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, con las siguientes características:

a.- Utiliza como título competencial el art. 58.2.1º del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas sobre el fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general.

b.- Las únicas tarifas que permanecen como precios autorizados son las relativas al abastecimiento de agua a poblaciones; transporte mediante autotaxi y transporte urbano colectivo de viajeros.

c.- En cuanto a los criterios para la autorización, reproduce los del R.D. 2695/1977, añadiendo que se tendrá en cuenta “el objeto social, el ámbito territorial y la situación económica de la empresa”.

d.- Los órganos competentes y el procedimiento se regulan minuciosamente en el Decreto. Deberá recabarse informe de la Agencia Andaluza del Agua, un trámite de participación ciudadana (municipios, consumidores, organizaciones sindicales y empresariales) y trámite de audiencia al municipio.

e.- La resolución podrá autorizar o denegar el establecimiento o modificación de las tarifas, debiendo ser publicada en el BOJA aquellas que sean autorizatorias. Si transcurren tres meses desde la solicitud sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá autorizado el establecimiento o modificación de la tarifa.

III. EL CONFLICTO ENTRE LA POTESTAD TARIFARIA LOCAL Y LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. PAUTAS JURISPRUDENCIALES.

La STS 9 de julio de 2003 (RJ 2003\6287) ha resumido muy acertadamente las claves de este conflicto, con gran cita jurisprudencial. Extractamos algunos de sus pronunciamientos:

“El Tribunal Constitucional, TC, en las sentencias 97/1983 (RTC 1983, 97) y 53/1984 (RTC 1984, 53) , ha deslindado dicha potestad tarifaria y la política de precios (régimen de precios autorizados) y señala que, cuando concurren ambas intervenciones administrativas, no desaparece la potestad tarifaria sino que se da la yuxtaposición de ambas, pues «el que la potestad tarifaria tenga que respetar, en el ámbito de las calificaciones de precios, las decisiones que correspondan a la competente en la materia, podrá condicionar el contenido de las tarifas, pero no priva al que tiene el poder tarifario de su competencia y no atrae al título en materia de precios la competencia en materia de transportes».

“Las sentencias del Tribunal Supremo, TS, de 25 de noviembre de 1978 (RJ 1978, 3822) , 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 895) , 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 5248) , 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4238) y 11 de junio de 1993 señalan que la potestad tarifaria y la potestad de ordenación de precios tienen fundamentos y fines diversos, pues la primera se atribuye al titular del servicio y, si la segunda, asumida hoy por las Comunidades Autónomas, CC.AA., puede condicionar el ejercicio de la primera, limitando los incrementos de las tarifas para contener la inflación, ambas potestades no se confunden, ni puede utilizarse una con los fines de la otra sin incurrir en desviación de poder; de modo que, una vez fijada la tarifa del servicio por el municipio titular del mismo, si se trata de un servicio en régimen de «precios autorizados», se elevará la propuesta a la Comisión de Precios para que autorice, o no, el incremento propuesto, pudiendo dicha Comisión autonómica autorizar, negar o reducir dicho incremento, pero no autorizar un incremento mayor, ni sustituir la estructura tarifaria o los criterios de quien ordena la gestión del servicio, que es el Ayuntamiento.”

“No cabe confundir dicho control de precios en régimen de autorización con el desaparecido régimen general de tutela de las Corporaciones locales a cargo de los Gobernadores Civiles, pues, a partir del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551) , concluyó tal régimen general de tutela y, además, el control de precios, antes en manos de dichos Gobernadores, pasó ya a la Comisión de Precios Autonómica (oportunamente transferido).”

“De ahí, como destacó la precitada Sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 951) , que el artículo 107, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551) , por el que se aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, admite claramente la distinción conceptual que estamos analizando, al disponer: «1. La determinación de las tarifas de los servicios (potestad tarifaria) que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizadas (competencia sobre precios) por Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas», y de ahí, también, que interese destacar con dicha sentencia que el artículo 107, acabado de transcribir, utilice «con precisión terminológica el concepto de autorización, como técnica administrativa de limitación de derechos, en este caso de la potestad tarifaria que corresponde a las Corporaciones Locales, concedentes del servicio público de transportes terrestres urbanos, en su término municipal. Esta modalidad de autorización propia de la intervención del Estado en la economía, y más concretamente de la política de precios tendente a controlar los procesos inflacionarios de la economía, implica la preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las Corporaciones Locales, pero limitado en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de política económica patrocinados por el Gobierno; por ello, la autorización referida comporta las siguientes notas conceptuales: a) Sobre la potestad tarifaria, se superpone la potestad de ordenación y control de la economía. b) Las Corporaciones Locales conservan la potestad tarifaria que se funda en la mejor y más eficaz prestación del servicio público, así como en la consecución del equilibrio económico de la explotación, que no obstante puede ser sustituido por déficits admitidos intencionadamente por razones sociales, enjugados con subvenciones. Ahora bien, la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios señalada por el Gobierno, que éste ejerce a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquélla pretenda aumentar las Tarifas. c) Las Comunidades Autónomas son las competentes para otorgar o denegar las necesarias autorizaciones, pero, y esto es muy importante, sus acuerdos deben estar fundados exclusivamente en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de política económica y, sobre todo, la justificación del aumento de las Tarifas debida al aumento del coste de explotación. Es fundamental tener claro que la Comunidad Autónoma autorizante no puede invadir la competencia sobre tarifas que corresponde a la Corporación Local, basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio».

Sentada esta doctrina jurisprudencial hay que plantearse una cuestión clave: la repercusión de la tarifa autorizada sobre el funcionamiento del servicio. Y esa

cuestión la resuelve el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, al sentar el principio esencial de que las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio. No obstante, añade, cuando se trate de precios autorizados y las circunstancias aconsejen mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los de la referida autofinanciación, la Administración competente para acordarlo así, deberá autorizar simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes. Es decir, que si la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia sobre precios, decide no autorizar una tarifa provocando con ello que no se autofinancie el servicio, debe compensar hasta conseguir esta nivelación.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRAPRESTACION POR EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA⁴

I. ANTECEDENTES GENERALES⁵

La Ley 8/1989, de 13 de abril, configuró, en su artículo 6, las tasas como “tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público, que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurren las dos siguientes circunstancias: a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados. b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.” Los precios públicos, artículo 24, se definieron como contraprestaciones pecuniarias por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o bien por la prestación de servicios cuya contraprestación no reuniera los requisitos para ser considerada como tasa.

Frente a esta regulación se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, declarando la inconstitucionalidad de determinados aspectos del artículo 24. El TC utiliza el concepto de prestación patrimonial de carácter público que recoge el artículo 31 CE a efectos de establecer o no la reserva de ley. Concluye que lo que caracteriza a este

⁴ Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 4 de octubre de 2011.

⁵ Posteriormente a la emisión de este informe, hemos accedido al contenido del libro “*El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*”, coordinado por MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, editado por la Fundación Agbar, enero 2012.

concepto es la nota de la coactividad (f.j.1), para lo que es preciso “averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación”. Precizando que deben entenderse coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho es obligatoria, cuando la actividad o servicio requerido es “objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares” o cuando los poderes públicos actúan en posición de monopolio de hecho o de derecho. En estos casos, el TC llega a la conclusión de que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público y, en consecuencia, es exigible la reserva de ley para su establecimiento. Lo cierto es que el TC no entró a calificar las figuras —si eran tasas o de otra naturaleza— limitándose a conceptualizarlas como prestaciones patrimoniales de carácter público, insistimos, a los efectos del artículo 31 CE (en esta línea STS 7 de marzo de 2007, f.j. 3º).

El legislador estatal, mediante la Ley 25/1998, de 13 de julio, dio cumplimiento a la doctrina constitucional modificando la Ley General Tributaria y la Ley de Tasas y Precios Públicos. Lo cierto es que el legislador se limitó a reconducir a tasas todas las figuras que estaban configuradas como precios públicos y que no resistían el juicio constitucional. Esta operación, en puridad, no la exigía el TC, que únicamente proclamó el sometimiento a la reserva de ley, que podía cumplirse con otras operaciones distintas a la simple de la conversión en tasas. Así, el art. 26.1.a Ley General Tributaria (LGT) quedó con la siguiente redacción: Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, siempre que no sean de solicitud voluntaria para los administrados y que no se presten por el sector privado. Idéntica redacción se incorporó a la legislación reguladora de las Haciendas Locales, actualmente el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

La cuestión clave para establecer si determinadas contraprestaciones por servicios prestados por la Administración y de recepción obligatoria, o en posición de monopolio, tenían la consideración de tasas o de precios privados, se desplazó hacia el régimen en que el servicio se prestaba, dado que si lo era en régimen de derecho público tenían la naturaleza de tasa, y en caso contrario de precio. La jurisprudencia, no unánime y que luego exponaremos, se decantó en considerar que nos hallábamos ante una tarifa cuándo el servicio se prestaba en régimen de derecho privado, fundamentalmente a través del contrato de concesión de servicio público (en la medida en que el contratista se remunera directamente de los usuarios).

Este estado de cosas se vio sustancialmente alterado tras la entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria, aprobada por Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que intentó aclarar en su artículo 2.2 qué debía entenderse por régimen de Derecho Público a los efectos de configurar una contraprestación como tasa, añadiendo en su párrafo segundo 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*”. En definitiva, la distinción gestión directa/gestión indirecta dejó de ser un criterio rector para delimitar las figuras tasas/precios privados, con la conclusión de que la prestación de un servicio de titularidad de la Administración, que reuniera el requisito de la coactividad en los términos expuestos y con independencia de la forma de gestión, debía configurarse como tasa.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, al suprimir el párrafo segundo del artículo 2.2.a) LGT, mediante su disposición final quincuagésima octava, ha vuelto a provocar el debate en los términos que exponremos.

II. EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA

Probablemente el servicio de abastecimiento de agua es uno de los que ha generado más controversia acerca de la naturaleza jurídica de la contraprestación abonada por el usuario, probablemente por los fuertes intereses económicos en juego.

Hasta la LGT 2003 la mayoría de la jurisprudencia se inclinaba por el carácter de precio privado de la contraprestación cuando se prestaba por el concesionario, entendiéndose que las tarifas son contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario, que éste hace suyas por título de derecho privado (SSTS 29 de enero de 1998, 21 de abril y 2 de julio de 1999, 30 de abril de 2001, 4 de abril de 2004, 7 de marzo y 19 de diciembre de 2007). No obstante, también hubo algún pronunciamiento que calificó como tasa la contraprestación que satisface el usuario del servicio público de suministro de agua potable, ya sea mediante concesión, entidad pública empresarial o a través de sociedades municipales, ya que “*la forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación*” (SSTS 16 y 20 de julio de 2009).

En este panorama incide la LGT de 2003 al introducir el ya citado párrafo segundo al artículo 2.2.a), que asimila “régimen de derecho público” a cualquier forma de gestión de las previstas en la legislación administrativa. El párrafo obedece a la aceptación de dos enmiendas –de IU y de CIU–, motivadas en que “*siguiendo la doctrina constitucional (...) es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de ta-*

sa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado”. Ciertamente esa no era la conclusión a que llegó la doctrina constitucional, tal como expusimos anteriormente, que se limitó a constatar que si nos hallamos en presencia de la imposición coactiva de la contraprestación estamos ante una prestación patrimonial de carácter público sujeta a la reserva de ley, pero no necesariamente ante una tasa.

No obstante, la interpretación más común fue la de sostener que la contraprestación por el servicio de agua potable tenía naturaleza jurídica de tasa. Así, la propia Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, que en consulta de 26 de octubre de 2007 añadió que “*las tasas recaudadas, en cuanto ingreso de Derecho Público de la hacienda municipal han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta*”; también la Audiencia de Cuentas de Canarias en dictamen de 18 de diciembre de 2009, señalando que esta tasa “*no puede ser exaccionada directamente por parte de un sujeto de derecho privado*”; o el propio TS en sentencia de 12 de noviembre de 2009, relativa a la contraprestación por el servicio de alcantarillado.

Un análisis exhaustivo de la evolución jurisprudencial hasta la Ley de Economía Sostenible lo encontramos en la STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 370\2003).

III. LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

La disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, suprimió el párrafo segundo del artículo 2.2.,a) de la Ley General Tributaria, correspondiéndonos ahora determinar cuál sea el alcance de dicha derogación. Para ello puede sernos de gran valía la tramitación de esta reforma.

La disposición adicional quincuagésima octava no aparece en el Proyecto de Ley. Es el grupo parlamentario de CIU quien presenta una enmienda que afectaba a la LGT con el siguiente tenor literal: “*No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que presten las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que presten los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los Presupuestos de la respectiva Administración*”, concluyendo que “*es necesaria una clarificación por la que quede establecido que la contraprestación de servicios públicos tendrá la naturaleza de precio privado (tarifa) cuando sea satisfecho por el usuario al gestor del servicio cuando su naturaleza jurídica sea de derecho privado, y de tasa cuando se trate de una gestión directa realizada por la Administración*”. Realmente era una norma más aclaratoria que

imperativa, ya que pretende concretar, en contra de la norma vigente, qué se entiende por “régimen de Derecho Público”. Finalmente, en el debate en el Senado, se plasmó una enmienda transaccional –apoyada por el Grupo Socialista– consistente en la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a.

De la tramitación parlamentaria, podemos obtener las siguientes conclusiones:

1ª La situación jurídica vuelve al debate planteado antes de la LGT de 2003, es decir, a una jurisprudencia mayoritaria que se inclinaba hacia la configuración de precio privado cuando intervenía un ente sujeto al Derecho privado, singularmente el concesionario.

2ª La voluntad de la enmienda parece clara en la línea de reforzar esa interpretación, ya que se refería a “*entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado*”. No obstante, *in fine* se refiere a la gestión directa realizada por la Administración, aunque con poca ortodoxia ya que la sociedad mercantil íntegramente municipal también es gestión directa.

IV. SITUACIÓN ACTUAL.

La primera consecuencia que podemos obtener de lo expuesto es que la contraprestación que abonan los usuarios del servicio de agua, a tenor de la doctrina constitucional, debe calificarse como prestación patrimonial de carácter público al reunir la nota de la coactividad, en cuanto el servicio requerido sirve una necesidad básica, al menos para la generalidad, y sobre todo porque estamos ante una situación de monopolio. La consecuencia es que a este tipo de prestaciones le es exigible la reserva de ley del artículo 31 CE. Ello no plantea problemas en el ámbito local, ya que la reserva de ley se flexibiliza y queda cubierta con el acuerdo del Pleno (STC 233/1999, 16 de diciembre).

Sentada la premisa anterior entendemos que esta prestación debe configurarse como un precio privado por las siguientes razones:

1ª Cuando nuestro ordenamiento jurídico se refiere en general a un “régimen de Derecho público” alude a un régimen de potestades, poderes y facultades exorbitantes que no se dan en los supuestos en que actúa un ente sujeto al Derecho privado.

2ª En el ámbito del concesionario es evidente que la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, contempla como un posible derecho del contratista el de percibir la retribución directamente de los usuarios (artículo 257). Este

derecho sería ilusorio si esta retribución fuera una tasa, ya que ésta –como todo ingreso de Derecho público- debería ser recaudada por la propia Administración.

3ª Volvemos a la situación anterior a la LGT en la que la jurisprudencia calificó expresamente como precio privado la contraprestación que recibía EMASESA de los usuarios. Así, la STS 7 de marzo de 2007, que mantuvo la consideración de precio privado frente a la pretensión de la empresa de establecer indemnizaciones por demora en el pago.

4ª No es óbice la previsión del artículo 155.5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que define como tasas las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados. Ello porque, como señala la STS 21 de abril de 1999, este Reglamento “*no es de naturaleza tributaria, no puede prevalecer sobre las disposiciones de la Ley General Tributaria*”.

5ª En definitiva, porque ésta también es la posición en la Administración Tributaria. Así, en informe nº 2011-21910, de 8 de julio, de la Dirección General de Tributos, a consulta del Ayuntamiento de Málaga, concluye que “*en el supuesto planteado el ente gestor es una sociedad de capital público, que, tal y como manifiesta el Ayuntamiento consultante en su escrito, se rige por el Derecho privado. De tal forma que, al no darse el requisito exigido por 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*”. Idéntica posición se mantiene en el informe 2011-23894, de 26 de julio, a consulta de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos (AEAS), respecto de las empresas mixtas o privadas.

En CONCLUSIÓN quien suscribe considera que la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado, que debe ser aprobado por el Pleno y sujeto al procedimiento de autorización previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre (BOJA nº 228, de 23 de noviembre).

IV. PROCEDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS TARIFAS⁶

PRIMERO.- En el informe de 4 de octubre concluíamos que la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua a EMA-

⁶ Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 19 de octubre de 2011.

SESA tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado. En cuanto al procedimiento de aprobación, únicamente nos referimos a la necesidad de aprobación por el Pleno y la sujeción al procedimiento autorizatorio previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre. Este procedimiento de aprobación es el que pretende desarrollar en este informe complementario.

SEGUNDO.- Siguiendo la doctrina constitucional contenida en la STC 185/1995, de 14 de diciembre, hemos establecido que estas contraprestaciones tienen naturaleza coactiva y, en consecuencia, se hallan sujetas a la reserva de ley, que, en el caso de los Ayuntamientos, puede satisfacerse con el acuerdo del Pleno (así, f.j. 18 STC 233/1999, de 13 de diciembre). Esta STC 233/1999 aclara que “*el Pleno de la Corporación deberá establecer o modificar mediante Ordenanza los precios que constituyan prestaciones patrimoniales de carácter público conforme al art. 31.3 CE.*”

TERCERO.- Consecuentemente con esta doctrina, la “Normativa Reguladora de las contraprestaciones económicas que debe percibir EMASESA por los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable, saneamiento (vertido y depuración) y otras actividades conexas a los mismos”, que incluye como Anexo las “Tarifas de los servicios de abastecimiento y saneamiento y otras actividades conexas a los mismos”, aprobada por el Consejo de Administración de EMASESA en sesión celebrada el día 23 de septiembre de 2011, debe considerarse una norma de carácter reglamentario y tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local. No resulta de aplicación la regulación prevista en la Ley de Haciendas Locales para las Ordenanzas Fiscales, dado que el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2004 únicamente contempla esta figura normativa para la imposición y supresión de los tributos locales, sin que los precios privados tengan esta condición.

El procedimiento consta de las siguientes fases:

- 1.- Aprobación del Proyecto por la Junta de Gobierno Local (art. 127.1,a LBRL)
- 2.- Aprobación inicial por el Pleno (art. 49,a LBRL), sin que exija mayoría cualificada.
- 3.- Información pública y audiencia a los interesados por un plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias (art. 49.b LBRL). El trámite de información pública se anunciará en el Boletín Oficial de la Provincia (art. 86.2 Ley 30/1992).

4.- Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias y aprobación definitiva por el Pleno. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional (art. 49.c LBRL).

5.- Publicación del acuerdo de aprobación definitiva y del texto íntegro de la Ordenanza en el Boletín Oficial de la Provincia (art. 70.2 LBRL).

6.- Remisión del expediente a la Dirección General competente en materia de relaciones financieras con las Corporaciones Locales de la Junta de Andalucía, para tramitar el procedimiento de autorización de los precios conforme a lo dispuesto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre.

V. SINGULARIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE EMASESA. EL SUPUESTO DE LA SOCIEDAD INTERLOCAL⁷

Primero.- En nuestro informe de 4 de octubre de 2011 llegábamos a la conclusión de que *“la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado, que debe ser aprobado por el Pleno y sujeto al procedimiento de autorización previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre (BOJA nº 228, de 23 de noviembre).”* A esta conclusión llegábamos tras la modificación de la Ley General Tributaria, que lleva a cabo la disposición final quincuagésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, procediendo a la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a). Para un análisis más detenido se adjunta copia del citado informe.

Segundo.- En nuestro informe de 19 de octubre de 2011 se describió el procedimiento a seguir para la aprobación de las tarifas, en concreto, el previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, insertando la autorización prevista en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre. Ello como consecuencia de la reserva de ley impuesta en la materia dada la naturaleza coactiva de la contraprestación (STC 185/19995, de 14 de diciembre), que, en el caso de los Ayuntamientos, puede satisfacerse mediante acuerdo de Pleno siguiendo el procedimiento previsto para la aprobación de las Ordenanzas (STC 233/1999).

⁷ Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 16 de septiembre de 2013.

Tercero.- La singularidad de EMASESA es que se trata de una empresa pública participada por once municipios, y en la que el Ayuntamiento de Sevilla ostenta más del 50 por 100 del capital social, en concreto el 69,36%. Una vez sentada la necesaria intervención del Pleno, para salvar el principio de reserva de ley, se plantea la cuestión de si es preceptiva la intervención de los once Plenos de los municipios accionistas o si, por el contrario, se cubre suficientemente esta garantía con la tramitación ante el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla (accionista mayoritario).

Cuarto.- La gestión directa de los servicios locales mediante sociedad participada cien por cien por diversos entes públicos no estaba clara en la Ley de Bases de Régimen Local (ni siquiera en la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), que parecía exigir que el capital social perteneciera exclusivamente a la entidad local titular del servicio. La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su disposición final primera, introdujo la precisión de que en la forma de gestión mediante sociedad mercantil local basta con que el *capital social sea de titularidad pública* (no ya de una entidad local concreta). Igualmente, el artículo 24.6 de dicha norma contempla la posibilidad de constituir un medio propio mediante sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a diversos entes públicos. Por tanto, procede indagar sobre las previsiones del ordenamiento para resolver los problemas que plantea la existencia de diversos entes públicos participando en el capital social de una entidad mercantil.

Quinto.- Algunos supuestos a destacar:

1º En materia de contratación. Un problema que puede plantearse en este tipo de sociedades es quién es el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación. El artículo 41.6 TRLCAP dispone que “si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria”. Similar previsión contempla el apartado 7 respecto de los contratos subvencionados. Por tanto, es la participación mayoritaria la que determina la competencia en estos casos.

2º En materia de control financiero. El artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, al definir su ámbito de aplicación subjetivo incluye, apartado 2, al resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran

a las mismas. El problema lo encontramos, respecto de las sociedades mercantiles participadas por diversas entidades públicas, en determinar de qué administración pública dependen.

El artículo 2 del, todavía vigente, Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, establece el alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local, considerando integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local –apartado d)- a “las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria; b) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.; d) que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local”. Es decir, nuevamente adquiere relevancia plena el criterio de la participación mayoritaria.

El artículo 3 atribuye al Instituto Nacional de Estadística, junto con la Intervención General de la Administración del Estado, y con la colaboración técnica del Banco de España, la competencia para efectuar la clasificación de los agentes del sector público local, a los efectos de su inclusión en las categorías previstas en el artículo 4.1 o en el artículo 4.2 del reglamento.

Mediante escrito de 22 de septiembre de 2011, de la Subdirectora General de Análisis y Cuentas Económicas del Sector Público, comunicaba a la Intervención General del Ayuntamiento de Sevilla la clasificación de las unidades adscritas al mismo, realizada en términos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC). En dicha clasificación figura EMASESA, dentro del sector de sociedades no financieras y como Administración de dependencia, el Ayuntamiento de Sevilla, con las consecuencias, entre otras, previstas en los artículos 4.1 y 6.1 del R.D. 1463/2007.

Sexto.- Podemos constatar cómo, en dos sectores tan trascendentes como son la contratación y el control financiero (con las consecuencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), las sociedades mercantiles participadas

por diversos entes se adscriben a la Administración cuya participación sea mayoritaria. En consecuencia, nuestra opinión es que a la hora de tramitar las tarifas también debe aplicarse el mismo criterio, y ello como consecuencia de tres principios elementales: 1º) no resultaría admisible que una minoría exigua (el Pleno de un Ayuntamiento con un porcentaje inferior al 5 por 100 de participación, por ejemplo) bloqueara o impusiera determinadas tarifas; 2º) no resultaría admisible que el mismo servicio, con idéntica calidad y prestaciones, tuviera un coste distinto en función de la residencia del usuario; 3º) no es admisible, tampoco, que a la Administración que tiene que garantizar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se le pudieran imponer unas tarifas que provocaran un incumplimiento de los mismos.

Lo expuesto debe matizarse en un doble sentido. En primer lugar, la propuesta de tarifas para su tramitación deberá realizarla la propia EMSASESA, en base a los estudios técnicos necesarios y según su procedimiento y distribución de competencias interno. En segundo, en el trámite de información pública y audiencia a los interesados, deberá darse expresamente audiencia a los municipios socios de la empresa, al objeto de garantizar su participación en el procedimiento de aprobación.

En CONCLUSION quien suscribe considera que la garantía de la reserva de ley exigida para la imposición o modificación de prestaciones patrimoniales de carácter público, como son las tarifas de EMASESA, se cubre con su tramitación y aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla, previa propuesta de la propia empresa y con audiencia a los municipios socios de la misma.