

Roj: STS 5037/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5037
Id Cendoj: 28079130022015100526

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 2

Nº de Recurso: 4091/2013

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: EMILIO FRIAS PONCE

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. **4091/2013**, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por el letrado de su Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, contra la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso contencioso administrativo núm. 100/2012, formulado contra el acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por prestación del servicio de suministro de agua potable para el ejercicio 2012. .

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, representado por el Procurador D. Antonio Miguel Angel Araque Almendros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, en sesión extraordinaria celebrada el día 28 de Diciembre de 2011, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la tasa por prestación del servicio de suministro de agua para el ejercicio 2012.

La modificación afectaba exclusivamente al importe de la tasa a abonar por los usuarios, y la controversia giró sobre la naturaleza de la contraprestación económica que los usuarios debían abonar por recibir el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable cuando de la prestación se encarga una entidad privada, en esta caso Canaragua, S.A, adjudicataria de la concesión del servicio.

La Sala de instancia rechazó la tesis de la Comunidad Autónoma de Canarias de que la gestión indirecta de un servicio público implicaba la imposición de una tarifa o precio privado sujeta a la legislación sobre política general de precios, que precisaba la autorización por la Comunidad Autónoma, al haber resuelto con anterioridad otro recurso entre las mismas partes, frente a la modificación de la Ordenanza referida al ejercicio 2011, en sentido desestimatorio, todo ello mediante sentencia de 13 de marzo de 2012 que estaba pendiente de recurso de casación y en la que se dijo:

" **PRIMERO.-** La piedra angular del recurso consiste en determinar si en el expediente de Modificación de la Ordenanza Fiscal a que se refiere el recurso, es o no necesaria la intervención de la Comisión Territorial de Precios de la Consejería de Industria y Comercio, ya que mientras el Ayuntamiento demandado sostiene que las Entidades Locales no tienen obligación de solicitar la intervención de la Comunidad Autónoma para la aprobación o modificación de las Tasas por el suministro del agua, en cuanto ello supondría una vulneración de la autonomía tributaria municipal reconocida por el art. 1 de la Ley de Bases de Régimen Local, en relación con los arts. 137 y 140 de la Constitución, disiente, por el contrario, de tal parecer la Comunidad Autónoma recurrente, que se apoya en la tesis basada en que el reconocimiento de la autonomía tributaria local no puede entenderse en el sentido de que los bienes y servicios prestados por los Ayuntamientos queden al margen de la ordenación general de la economía que incumbe al Estado, según el art. 149.1.13 de la Constitución, y de las

medidas ejecutivas que asuman las Comunidades Autónomas en virtud de haberse visto afectada la materia de intervención de precios por la transferencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo así que si un suministro prestado por el Ayuntamiento queda afectado por una determinada política de precios, no es nada anormal que sus tarifas, sin perjuicio de su condición de tributos municipales, hayan de someterse al sistema de control establecido, limitación de la autonomía tributaria local con la legislación sobre el control de precios que está claramente reconocida en el art. 107.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que únicamente somete al control de las Comunidades Autónomas o de otra Administración competente la determinación de las tarifas de los servicios cuando así sea necesario con arreglo a la legislación sobre política general de precios.

SEGUNDO. - La determinación de la forma jurídica a través de la cual se debe financiar la prestación de los servicios públicos ha seguido, tanto en la ley como en la doctrina y la jurisprudencia, una línea evolutiva en la que se han registrado las connotaciones siguientes:

1º) Partiendo de la clásica diferencia entre potestad tributaria y potestad tarifaria, la extinta Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de Diciembre de 1958, recogió en su art. 2 la distinción entre las contraprestaciones que generaban ingresos de Derecho Público y las que no tenían esta naturaleza, excluyendo del concepto de tasa las percepciones de los establecimientos públicos obtenidas por las actividades desarrolladas en forma de empresa industrial o mercantil, así como también los servicios públicos prestados en régimen de concesión, criterio del que, por otro lado, no se apartó la vigente Ley 8/1989, de 13 de Abril, de Tasas y Precios Públicos, que en el art. 2 b) excluye de su ámbito de aplicación las contraprestaciones de las empresas, sin pronunciarse expresamente, a efectos de exclusión, sobre las contraprestaciones de los concesionarios por la simple razón de que en ese momento las tarifas de estos últimos, de las sociedades de economía mixta y demás contratistas de servicios públicos, ya estaban contempladas por la Ley de Contratos del Estado de 8 de Abril de 1965 como contraprestación propia de dichos contratistas, claramente diferenciadas de las tasas de la Administración, siendo luego la LCAP de 1995 la que formalizó, nítidamente, la radical distinción entre las Tarifas satisfechas directamente por los usuarios a los contratistas de servicios públicos, de las Tasas percibidas e ingresadas por la Administración, pudiendo afirmarse, a la vista de lo expuesto, que nuestro ordenamiento jurídico, con la cobertura de la distinción jurisprudencial entre potestad tributaria y potestad tarifaria, ha justificado, sin perjuicio de la potestad discrecional que ampara la elección de uno u otro régimen, la naturaleza de la tarifa cuando el objeto de la prestación en que consiste el servicio permite una relación individualizada y singularmente evaluable, entre el gestor y el usuario (caso del suministro domiciliario de agua o el transporte de viajeros), mientras que, por el contrario, cuando las características del servicio hacen muy difícil o imposible establecer esa relación y, sobre todo, esa evaluación singular de la prestación (caso del servicio de recogida de residuos urbanos), se impone el régimen de Tasa, independientemente de que el servicio esté a cargo de una empresa pública municipal o de un concesionario.

2º) Una doctrina jurisprudencial que iniciada en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1953, 22 de Marzo y 27 de Abril de 1955, 5 de Mayo de 1956, 9 de Abril de 1968 y 12 de Noviembre de 1970, se ha mantenido uniforme hasta las sentencias del mismo Alto Tribunal de 27 de Septiembre de 1997, 29 de Enero de 1998, 4 de Julio de 2006, 7 de Marzo y 19 de Diciembre de 2007, ha venido declarando, tomando como base la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria, que las tasas se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pudiendo ser exigidas por la vía de apremio y ser impugnadas a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias, mientras que, por el contrario, las tarifas no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del art. 31.3 de la Constitución, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que éste hace suyas por título de derecho privado, distinción de tasa y tarifa que viene recogida expresamente en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1998.

3º) La sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, -limitada a declarar la inconstitucionalidad de los precios públicos y a analizar el concepto de "prestación patrimonial de carácter público", identificándolo como toda prestación coactiva que se vincula al acceso a un servicio de carácter vital para el ciudadano o al uso del dominio público y que exige una reserva de ley flexible-, vino a impulsar un cambio de efectos legislativos que culminó con el contenido del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, precepto del que hicieron mención las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Marzo y 19 de Diciembre de 2007, que no obstante haber enjuiciado supuestos de hecho anteriores a la L.G.T 58/2003, apuntaron ya que a partir de la publicación de esta nueva Ley había que tener en cuenta lo dispuesto en su art. 2.2 a) y la necesidad de revisar la doctrina jurisprudencial en función de la modificación legal, matizando la citada sentencia del Alto Tribunal de 7 de Marzo de 2007 sobre la especial atención que debería prestarse al párrafo segundo del art. 2. 2 a),

al ampliarse en el mismo el concepto de tributo para introducir en la conceptualización de tasa toda prestación patrimonial de carácter público, con la consecuente aplicación del precepto a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el art. 1.1 de la vigente Ley General Tributaria .

4º) La nueva Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, luego de señalar en su art. 2.2 a) como uno de los hechos impositivos de la Tasa la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado, introdujo la novedad, en el apartado segundo del art. 2.2 a), de que había de entenderse que "los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un "ente público", innovación legal que al emplear el término "en régimen de derecho público", que incluye a las empresas de capital público y a los concesionarios privados, debiendo llevarse a cabo la remuneración, siempre que se trate de prestaciones coactivas, mediante tasas (tributos) y no por tarifas (precios privados), sirvió para que el Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de Julio y 12 de Noviembre de 2009 , calificara como tasas a los precios privados o tarifas abonados por los usuarios de los servicios municipales, con independencia de la modalidad de gestión adoptada, siendo viva expresión de ello que en la sentencia del Alto Tribunal de 12 de Noviembre de 2009 se afirmara que las contraprestaciones al servicio de alcantarillado debían configurarse como tasas "sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión", y que en la sentencia del T. Supremo de 20 de Julio de 2009 se dijera lo mismo con respecto al servicio público de suministro de agua potable prestado mediante concesión, doctrina que apartada de la línea que tradicionalmente venía sustentando el Tribunal Supremo con base en la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria, reflejada en las sentencias mencionadas en el apartado 2º y sin olvidar la de 20 de Octubre de 2005 , encontró apoyo en que el ánimo del legislador, al dictar la nueva L.G. Tributaria, fue el de incorporar al concepto de tasa toda prestación patrimonial de carácter público más que el de ofrecer un criterio complementario que permitiera mantener la condición de tasa en los supuestos en los que un servicio público se presta por concesionario o empresa pública mercantil, de modo que ingresa el titular del servicio y abona luego al concesionario.

TERCERO. - Cerrados los antecedentes expuestos con la Ley General Tributaria 58/2003, ha venido ulteriormente a cobrar vital importancia la nueva Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, en cuanto su Disposición final quincuagésimo-octava, al dejar sin efecto y suprimir el apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre , ya comentado con anterioridad, ha abierto paso a la continuidad de la distinción entre tasa y tarifa como formas de retribución del concesionario de un servicio público y, por ende, a la rehabilitación de la tarifa, que si bien ha de estar sujeta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las prestaciones patrimoniales de carácter público (prestaciones coactivas que se vinculan al acceso de carácter público a un servicio de carácter vital para el ciudadano o al uso del dominio público) y, por tanto, a una reserva de Ley flexible, no puede, sin embargo, obviarse que al no imponer dicha doctrina de forma clara y determinante la identificación de los conceptos de prestación patrimonial de carácter público y de tributo, debe entenderse que de la misma forma que el legislador del 2003 pretendió identificar prestación patrimonial de carácter público con tributo, e incluyó a las tarifas dentro de la figura de la tasa, insertando al efecto el párrafo segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003 , ha sido ahora el mismo legislador quien con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, ha corregido aquella decisión, recuperando la tarifa como medio de retribución de los servicios gestionados de forma indirecta, bien entendido que esta figura de la tarifa posibilita que las Administraciones titulares de los servicios públicos se valgan de ella como forma de remuneración de sus empresas públicas y concesionarios, sin perjuicio de que aquéllas puedan libremente seguir optando por la tasa, al no imponérseles coactivamente la tarifa, la cual constituye, por otra parte, un instrumento legal que al responder a la determinación del precio que debe percibir un ente privado que gestione un servicio público por cuenta de la Administración titular del mismo, ofrece más ventajas prácticas que la sujeción de la retribución del concesionario a un régimen tributario propio de las tasas, cuyas consecuencias son claramente disfuncionales, toda vez que en el sistema de la tasa surgen dos tipos de relaciones jurídicas, una tributaria, entre el usuario del servicio y la Administración, y otra de carácter contractual, entre el prestador del servicio y la Administración, siendo, pues, los elementos disfuncionales de la tasa que el gestor deja de cobrar directamente del usuario y su remuneración pasa a depender del pago que lleve a cabo la Administración a partir de los ingresos que existan en su presupuesto (certus incertus quando), con las resultas de que habrá de cobrar del presupuesto público mediante la correspondiente factura, -sujeta al pago de IVA o IGIC y de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1496/2003 , y que la Administración deberá abonar conforme a las reglas que, para el pago del precio, establece la legislación de contratos públicos, con la singularidad, además, de que en el ámbito de una relación tributaria, el impago de la tasa solo podrá exigirse mediante el preceptivo procedimiento de apremio y

sin poder proceder a la no prestación del servicio o suspensión del suministro, al tener el gestor que continuar prestando el servicio sin que exista el pago del mismo, disfuncionalidades todas ellas que, por el contrario, no se dibujan en la figura de la tarifa, donde al haber una relación privada entre usuario y concesionario, la cuantía de la tarifa permite identificar los dos elementos propios del precio de un servicio prestado por un particular, su coste y el legítimo beneficio industrial, y posibilita, a la vez, la adaptación a la evolución del coste del servicio, con mantenimiento del equilibrio económico inicial y la buena marcha de la prestación ante las alteraciones del coste por circunstancias imprevisibles, sin olvidar tampoco que el gestor, en una relación privada, puede dejar de prestar el servicio de acuerdo con lo establecido en el reglamento del servicio y a través del respeto a las garantías procedimentales establecidas.

CUARTO.- La supresión del apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 50/2003, de 17 de Diciembre , por parte de la Disposición final quincuagésimo-octava de la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible , ha tenido ya repercusión en un informe de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 26 de Julio de 2011, donde con ocasión de darse respuesta a una petición de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos sobre la interpretación y alcance que debía darse a la nueva dicción del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003 una vez suprimido su segundo apartado por la citada Disposición final quincuagésimo-octava de la Ley 2/2011 , y a si de acuerdo con la misma puede revestir la naturaleza de tarifa (precio privado) la contraprestación económica que los usuarios del servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado satisfacen a una empresa pública, mixta o privada, prestadora del servicio en virtud de título o derecho especial o exclusivo, ha sostenido dicha Dirección General, remitiéndose al contenido de los apartados 1 y 2 del art. 20 de la Ley reguladora de Haciendas Locales 2/2004 y a lo establecido en la Disposición final quincuagésimo-octava de la Ley de Economía Sostenible de 4 de Marzo de 2011 , que, atendiendo a este marco normativo y, en particular, a la supresión del repetido apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 50/2003 , ha supuesto ello la vuelta a un esquema similar al anteriormente seguido por el Tribunal Supremo, cuando 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 con base en la condición del ente gestor de los mismos, sentándose al efecto que "si un ente local gestiona directamente, sin ningún tipo de delegación, el servicio público, debe exigirse una tasa, mientras que, si por el contrario, la entidad que gestiona el servicio público es una sociedad privada municipal, o una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no pueden ser calificadas como ingresos de derecho público, sino como ingresos de derecho privado".

QUINTO.- Establecido en el art. 20.1º.B de la Ley reguladora de las Haciendas Locales que tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las Entidades Locales por 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, siempre que se produzca la circunstancia de que tales servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados, sin que a estos efectos se considere voluntaria la solicitud o recepción cuando los servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante, caso del servicio de distribución de agua prestado por entidades locales en el que éstas pueden establecer tasas de conformidad con el apartado t) del nº 4 de la Ley de Haciendas Locales , viene a resultar de estas prescripciones legales que cuando un Ente Local gestione directamente, sin ningún tipo de delegación, un servicio público, debe exigir una tasa, tributo igualmente exigible cuando la Entidad Local tropiece, tratándose de un servicio público concesionado, como el de recogida de residuos sólidos, con dificultades para poder establecer una relación singular entre el gestor y el usuario por razón de las características que presente el servicio, dado que entonces la retribución de tal servicio deja de corresponder al gestor o concesionario para ser atribuida a la Administración titular del servicio público, surgiendo en el supuesto dos tipos de relaciones jurídicas, una, de naturaleza tributaria, entre el usuario del servicio y la Administración, pasando aquél a ser sujeto pasivo de la relación, y otra, de carácter contractual, entre el prestador del servicio y la Administración, situaciones éstas propias de la tasa que difieren de la que se produce cuando la entidad que gestiona el servicio público por cuenta de la Administración y lo factura y cobra es una sociedad privada municipal o una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, pues entonces las contraprestaciones no pueden ser calificadas como ingresos de derecho público, sino como ingresos de derecho privado, ya que la entidad gestora es la que cobra, en virtud de tarifas, la prestación del servicio directamente de los usuarios, sin perjuicio de su relación contractual interna con la Entidad Local, de ahí que extrapoladas estas consideraciones al servicio de abastecimiento de agua potable del municipio de Santa Cruz de la Palma donde puede observarse que el mismo es llevado en régimen de concesión por la entidad Canaragua S.A, a quien corresponde, como contraprestación al servicio que gestiona, el importe integro de las "tasas" y no tarifas que se recauden, asumiendo el Ayuntamiento las funciones de aprobar los padrones, previa emisión de éstos

por el concesionario con ulterior envío a la Entidad Local, así como de expedir los recibos con base en los padrones aprobados y de gestionar el cobro de dichos recibos, ejerciendo asimismo el Ayuntamiento cualquier otra actuación en materias que impliquen ejercicio de autoridad, todo lo cual se explicita en la cláusula IV.II a) del Pliego de condiciones administrativas particulares que rigen la concesión, lógica derivación es que la contraprestación al servicio de abastecimiento de agua que nos ocupa no puede tener otra calificación que la de tasa, en cuanto se configuran en aquél una relación de naturaleza tributaria, entre los usuarios del servicio y la Administración, y otra, de carácter contractual, entre el prestador del servicio (la concesionaria Canaragua S.A) y la Administración, lo que determina que sea el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma quien gestione directamente de los consumidores el cobro del servicio y retribuya luego al concesionario con el importe recaudado con singularidad incluso, a efectos de garantizar la separación de los ingresos derivados del cobro de "tasas" y no tarifas objeto de dicha concesión del resto de los ingresos de derecho público, de depositar en cuentas restringidas de recaudación los referidos ingresos para su posterior entrega al concesionario.

SEXTO.- Sin desconocer que corresponde al Ayuntamiento recurrido, en su calidad de ente concedente, la potestad tarifaria, según los arts. 148 a 155 del Reglamento de Servicios de Las Corporaciones Locales , conllevando ello que para la modificación de las Tarifas haya de instruirse un expediente que iniciado con la propuesta del concesionario y después de los informes precisos, continúa con la elaboración por el Ayuntamiento de la correspondiente propuesta que es elevada luego al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma para su autorización (Comisión Territorial de Precios y Consejería de Industria y Comercio), la realidad es que este procedimiento no goza de predicamento alguno a efectos de viabilizar la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de las tarifas de suministro público de agua, aprobada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma en 29 de octubre de 2010, pues llevada la prestación del servicio público de agua en dicho municipio en la forma reseñada en la parte final del anterior fundamento de derecho, donde se advierte que el concesionario solamente emite los padrones a efectos de la gestión de la tasa, siendo, por el contrario, competencias del Ayuntamiento la aprobación de aquéllos y el cobro a los usuarios de la prestación del referido servicio, con sujeción a las tarifas aprobadas por el propio Ayuntamiento (cláusula IV.II.a del Pliego de Condiciones administrativas particulares), es inconcuso que estas mal denominadas tarifas lo que tienen realmente es la naturaleza jurídico-tributaria de tasas y su modificación no puede traspasar el ámbito de la autonomía tributaria local, siguiéndose, por tanto, el trámite propio de las Ordenanzas Fiscales, sin existir, en consecuencia, obligación por parte de la Entidad Local demandada de someter la modificación de la aludida Ordenanza a la previa intervención del órgano autonómico de la Comisión Territorial de Precios".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias preparó recurso de casación y, tras ser tenido por preparado, lo interpuso mediante escrito presentado el 27 de enero de 2014, en el que solicita sentencia por la que revoque la sentencia y resuelva conforme al artículo 95 de la Ley Jurisdiccional .

TERCERO.- Conferido traslado al Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma se opuso, interesando sentencia en la que se desestime el recurso y se confirme la sentencia objeto de impugnación con expresa condena en costas a la Comunidad Autónoma.

CUARTO.- Para el acto de votación y fallo se señaló la audiencia del día 17 de Noviembre de 2015, fecha en la que tuvo lugar la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se articula con tres motivos, todos ellos al amparo del art. 88. 1 d) de la Ley Jurisdiccional .

En el primero de ellos se alega la infracción del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , y de la doctrina expuesta en la propia sentencia, al discrepar de la conclusión a la que llega de que la contraprestación del servicio tiene el carácter de tasa en este caso, ante las circunstancias que concurren en relación con la gestión municipal recaudatoria, no obstante reconocer aplicable el nuevo régimen jurídico que se fija con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

En el segundo motivo se aduce que en el recurso contencioso administrativo se postuló la declaración de nulidad del acuerdo municipal impugnado por haberse prescindido de la normativa y procedimiento legalmente

establecido, al ser necesaria la intervención de la Comisión Territorial de Precios a efectos del régimen de precios autorizados.

En fin, en el tercer motivo se insiste en la infracción de la propia doctrina jurisprudencial que recoge el Tribunal de instancia, que atiende a la forma de prestación del servicio a la hora de calificar jurídicamente la retribución del mismo.

SEGUNDO.- El primer motivo recoge las razones por las que discrepa la Comunidad recurrente de la fundamentación de la sentencia, señalando que: a) En primer lugar, la libertad de elección de régimen jurídico de que dispone el Ayuntamiento según la sentencia ha de entenderse como libertad de elección para la organización del servicio, propia de la potestad autorganizativa, pero con la importante matización de que, una vez se haya optado por un modelo de organización, ha de aplicársele necesariamente el régimen jurídico previsto para el caso por el ordenamiento jurídico, y no otro que arbitrariamente se construya.

b) En segundo lugar, que la retención por el Ayuntamiento de las decisiones y facultades que lleven aparejado el ejercicio de autoridad en relación con la prestación del servicio no puede invocarse como circunstancia que justifica el establecimiento de una tasa, sino que, antes bien, indica la ausencia de régimen de Derecho Público, que es uno de los requisitos que según el art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria ha de reunir toda tasa.

c) En tercer lugar, que no se está en ninguno de los dos supuestos en que según la propia sentencia, "debe exigirse una tasa", pues ni el servicio de abastecimiento de aguas se gestiona directamente por el Ayuntamiento ni existe dificultad alguna para poder establecer una relación singular entre el gestor y el usuario por razón de las características que presenta el servicio, como ocurre, por el contrario, en los servicios de recogida de basuras o de alcantarillado.

d) En cuarto lugar, que ello explica las disfunciones que la propia sentencia denuncia entre la tasa, que ha elegido el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma para que se retribuya el servicio, y la forma de gestión indirecta mediante concesión, al no poder tomarse en consideración entre los costes para la determinación del importe de la tasa el correspondiente beneficio industrial.

e) Y en quinto lugar, que la opción por la tasa sólo se explica para aprovechar todas las ventajas del régimen público propio de las mismas, eludiendo al mismo tiempo el control de la política de precios que corresponde a la Comunidad Autónoma y se ejerce por la Consejería de Empleo, Industria y Comercio mediante la puesta en práctica de sus competencias en materia de precios autorizados.

TERCERO.- Debe precisarse, ante todo, que la sentencia previa en que se apoya el Tribunal de instancia para desestimar el recurso contencioso administrativo se refería a una modificación de la Ordenanza, operada antes de la entrada en vigor de la ley 2/2011 de Economía Sostenible, que modificó el art. 2.2 apartado a) de la Ley General Tributaria, suprimiendo el apartado en relación con lo que debía de entenderse por actividades o servicios prestados en régimen de derecho público.

En esta situación, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2014, cas. 1487/2012, siguiendo su doctrina sintetizada en la sentencia de 3 de diciembre de 2012, cas. 4534/2011, enjuiciando supuestos de hecho posteriores a la ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las tasas estatales y locales y de ordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y que superaba la distinción entre contraprestaciones que generaban ingresos de Derecho público y las que no tenían esta naturaleza, confirma la calificación como tasa de la retribución abonada por los usuarios al Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, aunque el servicio público fuera prestado mediante concesión, por ser indiferente el modo de gestión del mismo.

Sin embargo, ahora nos encontramos con una modificación de una Ordenanza que se aprueba una vez en vigor la ley 2/2011, por lo que habrá que determinar el alcance de la supresión del apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, que llevó a cabo su disposición final quincuagésima octava, en lo que respecta a la tasa local.

CUARTO.- Para valorar la transcendencia del cambio, conviene recordar, ante todo, el texto del citado precepto.

a) Versión anterior a la Ley 2/2011,

<<a) 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.

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>>.

b) Versión posterior a la vigencia de la Ley 2/2011.

<<a) 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>>.

Asimismo hay que tener en cuenta que la introducción del segundo párrafo, ahora suprimido, se debió a la aceptación de dos enmiendas (la núm. 16 de IU y la núm. 266 de CIU) las cuales se justificaron <<..... por considerar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 y 233/1999 que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado>>.

En cambio, la supresión del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria se debió a la aceptación en el Senado de una enmienda transaccional sobre la base de la presentada por el Grupo Parlamentario Catalán con el núm. 443, con el propósito de realizar << 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 y de tasa cuando se trata de una gestión directa realizada por la Administración>>, y de la núm. 338, que proponía una disposición adicional nueva para mejorar el sistema de concesión de visados relacionados con la actividad de investigación o internacionalización, y que optaba, sin recoger el contenido de la enmienda originaria catalana, por la eliminación del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Tributaria .

La enmienda núm. 443 proponía las siguientes reformas:

<< Uno. Se modifica el segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , que tendrá la siguiente redacción: " 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, su titularidad corresponda a un ente público, y siempre y cuando las contraprestaciones satisfechas por los usuarios a la Administración titular del servicio lo sean en el marco de una relación tributaria figurando como tales en los Presupuestos de la respectiva Administración". Dos, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 2 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , con el siguiente tenor literal: " 3. No tendrá la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan 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". Tres. Se añade un nuevo apartado 5 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, con la siguiente redacción: "5 No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan 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">>.

Previamente, en el Congreso el grupo parlamentario catalán había presentado la misma enmienda.

QUINTO.- Sentado lo anterior, y aunque se admitiese que la modificación legal pretendía clarificar que no tendrían la consideración de tasas las contraprestaciones por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan en régimen de derecho privado, no puede dejarse de reconocer que nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior a la vigencia de la Ley General Tributaria, en su redacción aprobada por la ley 58/2003, en lo que respecta a las prestaciones patrimoniales

de carácter público, por lo que debemos estar en cuanto a las tasas locales a su regulación, por no haber sido modificada, y que procede de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, que dió nueva redacción a los artículos 20 y 41, entre otros, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, que había introducido en su art. 41 un nuevo concepto de precios públicos de naturaleza no tributaria, en sustitución de las tasas tradicionales.

La contrarreforma perseguía respetar la doctrina de la sentencia 185/1995, de 5 de diciembre, del Tribunal Constitucional, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el art. 24 de la Ley 8/1989, de 30 de abril, de Tasas y Precios Públicos, declarando la inconstitucionalidad de la letra a) (precios públicos por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público) y de la letra b) (precios públicos por prestaciones de servicios públicos) del apartado 1 del art. 24. Dicha ley había seguido la innovación introducida por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

En efecto, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia 185/1995 identifica prestación patrimonial de carácter público con prestación patrimonial coactiva, declarando que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del art. 31.3 de la CE y, por tanto, sometidas a la reserva de ley, los pagos exigibles en dos supuestos concretos:

En primer lugar, por la prestación de servicios o la realización de actividades en las que concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: que sean de solicitud o recepción obligatoria; que sean realizadas por el poder público en monopolio de hecho o de derecho; o que sean "objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar" y, en segundo lugar, por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

En cambio, no exige que el servicio deba prestarse en régimen de derecho público, criterio que fue ratificado en la posterior sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, cuando a la hora de definir las prestaciones patrimoniales de carácter público vuelve a prescindir del régimen jurídico con que se presta el servicio, precisando además que << los precios públicos que hemos identificado como prestaciones de carácter público son materialmente tributos >>.

SEXTO.- Pues bien, el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, ateniéndose a la doctrina constitucional antes expuesta, enuncia el hecho imponible de la tasa en los siguientes términos: "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".

Dos son, pues, las modalidades por las que las Entidades Locales pueden establecer tasas: utilización privativa o utilización del dominio público y prestación de servicios o realización de actividades administrativas.

En cuanto a la segunda modalidad, que es la que ahora nos interesa, dicho artículo 20.1 dispone que cabe la exigencia de tasas locales por 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 requeridas 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".

Por otra parte, el art. 20.4 del Texto Refundido lleva a cabo una enumeración de servicios o actividades por las que las entidades locales pueden establecer tasas, figurando en la letra t "la distribución de agua, gas y 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".

SÉPTIMO.- Ante esta regulación, esta Sala, siguiendo la doctrina constitucional de que la forma o régimen con que se preste el servicio público por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación, se vio obligada a modificar su criterio tradicional de que no podían considerarse como tasas las prestaciones por servicios prestados en régimen concesional, haciéndolo incluso antes de la entrada en vigor del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria de 2003, declarando que la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas; y que lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, doctrina que hay que seguir manteniendo, pese a la derogación de dicho párrafo por la disposición adicional 58 de la Ley de Economía Sostenible, máxime cuando los conceptos de prestaciones patrimoniales de carácter público y de tributos son recordados también por el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2005, de 20 de abril, que estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la medida en que califica como "precios privados" contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta.

En suma, si en la sentencia de 20 de julio de 2009 (cas. 4089/2003), examinando el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Avila de 22 de diciembre de 2000 se aprobó definitivamente la modificación de Ordenanzas y Regulación de Precios Intervenidos por la Administración para el ejercicio 2001, esto es, antes de que se aprobase la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dijimos con rotundidad que << el servicio de suministro y distribución de agua potable, debe ser objeto de una tasa (art. 20.4.t) LHL). Poco importa que el servicio público de suministro de agua potable sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de Derecho privado - las entidades públicas empresariales-, a través de sociedades municipales o por un concesionario, lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de tasa, no de precio privado o tarifa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión>> (FD Cinco.3); y la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se limita a dejar el concepto de tasa contemplado en la Ley General Tributaria de 2003, tal y como estaba recogido anteriormente en la derogada Ley General Tributaria de 1963, no vemos razones suficientes para modificar aquel resultado hermenéutico. Ni la doctrina constitucional ha cambiado, ni la específica regulación de las tasas locales lo ha hecho en este particular, ni tampoco su consideración como servicio público de prestación obligatoria por los municipios ex artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Esta posición implica matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (casación 2042/2013), cuyo alcance ha de entenderse en relación con el supuesto de servicio funerario allí examinado, prestado por empresa de capital mixto, participada por mancomunidad municipal, en tanto que fue liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 y, por tanto, de la prestación de servicios en régimen de derecho privado.

OCTAVO.- Todo lo anterior nos lleva a la desestimación de los motivos de casación aducidos, el primero y el tercero, ante la necesidad de seguir calificando como tasa la prestación controvertida, lo que nos exime del examen de las razones por las que discrepa la Comunidad Autónoma recurrente de la fundamentación de la sentencia, y que lleva a la Sala a considerar por las circunstancias concurrentes que la contraprestación exigida tiene naturaleza de tasa, y el segundo motivo por la improcedencia de seguir la normativa y el procedimiento pretendido al estar sometido el precio del servicio por suministro de agua en todo caso al régimen de precios autorizados de las Comunidades Autónomas, si se parte de la naturaleza de tasa de las tarifas, como viene declarando esta Sala, entre otras, en la sentencia de 22 de mayo de 2014, cas. 1487/2012.

No procede hacer expresa condena de costas a la parte recurrente ante la confusión que rodeó la modificación legislativa y las dudas de derecho que provocan la interpretación de la normativa aplicable.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey, y por la autoridad que nos confiere el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, contra la sentencia de 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, sin costas

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Emilio Frias Ponce D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Manuel Martin Timon D. Juan Gonzalo Martinez Mico D. Rafael Fernandez Montalvo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Montalvo y Don Joaquin Huelin Martinez de Velasco en relación con la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 4091/2013.

Con el mayor respeto, discrepamos del criterio mayoritario que fundamenta el fallo desestimatorio de la sentencia, y entendemos que, por el contrario, se debió estimar el recurso o, en todo caso, para disipar las dudas de inconstitucionalidad que suscita la modificación introducida por la Ley 2/2011 que suprime el apartado segundo del artículo 2.2.a) LGT, plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad sobre la nueva redacción del precepto legal.

1.- El criterio de la mayoría reconoce que la introducción del segundo párrafo, ahora suprimido, se debió a la aceptación de dos enmiendas que se justificaron "por considerar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 y 233/1999 que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado". Y, sin embargo, la conclusión a la que llega supone, en la práctica, no reconocer virtualidad alguna a la supresión, como si no se hubiera producido la reforma legislativa efectuada por la Ley 2/2011. No es posible sostener que nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior, como esta misma Sala ha venido reconociendo en cuantas ocasiones ha tenido de manifestarse por la futura incidencia de la nueva regulación, que podrá ajustarse a la Constitución y, en tal caso, fundamentar la compatibilidad de la tarifa con la gestión indirecta de servicio público o no ajustarse a los postulados constitucionales, según la doctrina del Tribunal Constitucional, para cuya declaración, a nuestro entender, era necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad, conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, ya que se trata de la nueva redacción de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo.

2. Como señalamos en nuestra reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (rec. de cas. 2042/2013), la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria como fórmula de contraprestación de los servicios públicos tiene un indudable arraigo histórico en nuestro ordenamiento, y recientemente, ha experimentado las consecuencias de sucesivas modificaciones legislativas y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con su correspondiente reflejo en la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

El Estatuto Municipal aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, diferenciaba las tasas y otros derechos de la Hacienda Local, de un lado, y, de otro, las tarifas de los servicios municipalizados configuradas como derechos propios de las entidades gestoras a cobrar directamente por éstas en régimen de Derecho privado. Esta distinción y la consideración de las tarifas como contraprestaciones de Derecho privado continua en la legislación tributaria posterior (Reglamento de Haciendas Locales, de 4 de agosto de 1951, Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales, de 26 de diciembre de 1958, Ley de Haciendas Locales de 24 de diciembre de 1962 y Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963), en la legislación de régimen local (arts. 429, 432, 435 y 440 del Decreto de 24 de junio de 1955 que aprueba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, y el vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) y en la legislación de contratos administrativos (Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011). De esta manera se incorporaban las ideas de precio y beneficio a los servicios públicos gestionados por terceros, atrayendo a su gestión la inversión privada, cuando tenían un contenido económico, y podía hablarse de "rendimientos del servicio" en aquellos que eran susceptibles de singularizarse la prestación y de ser reconducidos a una relación sinalagmática. Si bien es cierto que no se trataba de una regla estricta porque se reconocía a la Administración titular del servicio una cierta facultad discrecional que permitía regular la contraprestación como tasa, sobre todo si, a pesar de existir una dimensión económica, resultaba difícil determinar el coste de la contraprestación sinalagmática.

3.- Esta Sala, en una larga línea jurisprudencial, distinguió la naturaleza de la contraprestación según que la tarifa correspondiese a prestación del servicio por un concesionario en régimen de gestión indirecta o el servicio se prestase directamente por la Administración titular. En el primer caso se estaba ante un precio privado; se trataba de contraprestaciones percibidas directamente por los concesionarios de servicios públicos como remuneración del servicio, aunque la potestad tarifaria correspondiera a la Administración concedente

(arts. 148 a 155 RSCL). En el segundo caso, al prestar la Administración el servicio en régimen de gestión directa se entendía que la naturaleza jurídica de la percepción era la de una tasa (ad exemplum, SSTS de 27 de septiembre de 1997, rec. ap. 9964/1991, 29 de octubre de 2003, rec. cas. 566/1997, 5 de febrero de 2009, rec. cas. 3454/2005, 7 de marzo de 2007, rec. cas. 1727/2002 y 7 de abril de 2007, rec. de cas. 2882/2002).

Por consiguiente, la jurisprudencia expuesta "ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitando su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma, en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio [...] y si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa [...]". Se "mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999 fecha a partir de la cual, y en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1 de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las sentencias del mismo Tribunal 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo" (SSTS 3 de diciembre de 2012, rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014, rec. de cas. 640/2011, entre otras).

3. La evolución de nuestra doctrina es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada momento ha hecho la Sala y que supuso la redefinición del concepto tasa en la Ley General Tributaria en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional. Así la letra a) del apartado 2º del artículo 2 define, con carácter general, la tasa como "los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o en 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"; pero se añadió un párrafo final, según el cual "se entenderá que los servicios se prestan 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". Fue esta previsión la que convirtió en tasas las contraprestaciones que percibían las empresas privadas concesionarias que gestionaban de forma indirecta los servicios públicos. Por ello la propia Sala, en las mismas sentencias, ya advertía que "parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2º, a) llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible abre un panorama diferente [...]" (SSTS 3 de diciembre de 2012, rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014, rec. de cas. 640/2011, entre otras).

4. Como consecuencia de la derogación efectuada por la Disposición Final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible del referido inciso, parece posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de la autofinanciación y del equilibrio económico del contrato.

De acuerdo con artículo 20.1.B) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, solo son tasas o preciso públicos las contraprestaciones para la realización de actividades o prestaciones de servicios en régimen de derecho público.

El significado de dicha expresión podría establecerse, en principio, por contraposición con la iniciativa pública en la actividad económica de mercado. Pero no resulta admisible tal interpretación ya que la iniciativa pública en la actividad económica -como actividad meramente patrimonial que es- se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con respeto a la libre competencia, de manera que la contraprestación por los bienes o servicios que constituyen su objeto son "per se" precios privados y de mercado, y quedan excluidos de cualquier tutela administrativa. No hace falta, por tanto, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público. Consecuentemente, la expresión "en régimen de derecho público" parece que puede referirse a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público.

Por tanto, según esta interpretación, habrían de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto las forma de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico privada como la gestión contratada a particulares.

Es decir, puede entenderse que ni la Ley de Tasas y Precios Públicos ni la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/1995) son aplicables a las tarifas de los servicios públicos prestados mediante formas de gestión directa con personificación privada (sociedades mercantiles con participación

pública exclusiva o mayoritaria) o de gestión indirecta mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos (concesión, empresa mixta con participación pública minoritaria, arrendamiento, concierto y gestión interesada), y, menos aún, a las actuaciones de interés general que se realicen por empresas privadas, aunque su capital sea participado por un ente público. Al menos, las dudas sobre dicha posibilidad debieron ser más que suficiente justificación para plantear la mencionada cuestión de inconstitucionalidad de la reforma legal efectuada

5. El TRLHL no hace ninguna precisión sobre la incidencia de la forma de gestión en la naturaleza de la contraprestación del servicio, pero la supletoriedad establecida en el artículo 9.2 y en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, respecto a la legislación sobre haciendas autonómicas y locales tiene como efecto la plena aplicación a la Administración local de la precisión que dicha Ley efectúa sobre la necesaria relación entre forma de gestión de derecho público y tasas o precios públicos. Por otra parte, la exclusión de la contraprestación por servicios públicos prestados mediante formas de gestión jurídico-privadas o por actuaciones de interés general realizadas por personificaciones jurídico-privadas es plenamente coherente con la naturaleza de ingresos de derecho público que tienen las exacciones que regula la reiterada Ley 8/1989, ya que mal pueden ser ingresos de derecho público unos ingresos de los que es titular una persona jurídico-privada (sociedades mercantiles, concesionarios, etc.) o un ente que actúa en régimen de derecho privado.

En definitiva, como señalamos en la mencionada sentencia de 28 de septiembre de 2015, sostener que la forma de gestión de derecho privado no altera la naturaleza pública de la exacción equivaldría a eliminar las tarifas como medio de remuneración del gestor privado, y a establecer el régimen de subvención como único y obligatorio medio de retribución. Y resulta que la tarifa y la subvención son fórmulas de retribución de los gestores del servicio que, separada o conjuntamente, son de elección discrecional por parte de la Administración titular del servicio.

Es posible entender que si, conforme a la Ley de Tasas y Precios Públicos [arts. 6 y 24.c)], tanto las tasas como los precios públicos son ingresos de derecho público, solo pueden corresponder a Administraciones y otras entidades de derecho público, y no pueden tener este carácter unos recursos que, por fuerza, tienen que ser de derecho privado cuando ingresan en el patrimonio de entidades dotadas de personalidad jurídico-privada, tanto si su capital es íntegra o mayoritariamente público como si es totalmente privado.

6. Naturalmente, no puede olvidarse que tales precios están sometidos a unos procedimientos de fijación y de modificación preestablecidos por la Administración y que resuelve ella misma. En el caso de las sociedades mercantiles públicas es el procedimiento establecido en el reglamento del servicio o en el régimen económico financiero establecido entre la Administración titular del servicio y su empresa pública; y en el caso del concesionario y otros contratistas gestores indirectos de servicios en el régimen que resulte del pliego de condiciones. En cualquier caso, la aprobación y revisión de estos precios corresponde a la entidad local titular del servicio. Por ello, no son, en su integridad, precios de mercado ni su régimen jurídico es estrictamente privado, sino que, en puridad de principios, resulta conveniente distinguir entre tasas, precios públicos y tarifas, utilizando el término tarifa para referirse a los supuestos en que -por el régimen de derecho privado del servicio o actuación- la contraprestación no puede tener naturaleza de tasa ni de precio público, pero en los que la denominación de precio privado tampoco es completamente expresiva de su régimen jurídico peculiar.

7. La opción discrecional entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo, como se deduce el artículo 85.3 de la LRBRL, ("en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad") en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL. Pero en cualquiera de las otras formas de gestión directa del artículo 85.2 A) LRBRL (entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública) y en todas las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Emilio Frias Ponce, hallandose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, ante mi la Secretaria. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ