DICTAMEN ELABORADO EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO DE VALSEQUILLO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INGRESOS PROCEDENTES DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DOMICILIARIA DE AGUA

En la Sesión del Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias, celebrada el día 28 de febrero de 2012, se aprobó, por unanimidad, el Dictamen que a continuación se transcribe en relación con la consulta formulada por el Ayuntamiento de Valsequillo sobre la naturaleza jurídica de los ingresos procedentes del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua:

"Visto por el Pleno el escrito del Sr. Alcalde –Presidente del Ayuntamiento de Valsequillo, a través del cual formula consulta sobre la naturaleza jurídica de los ingresos procedentes del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua, tras la supresión llevada a cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), examinada la propuesta de Dictamen de la Unidad Fiscalizadora correspondiente, sobre la que se ha emitido el oportuno Informe Jurídico valorado igualmente por el órgano plenario, se acuerda emitir el siguiente

D I C T A M E N

La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, examinó la constitucionalidad de determinados artículos de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, fijando la doctrina, recogida igualmente en la Sentencia 182/1997, de que *"... los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos…*", entendiendo, por consiguiente, que el carácter tributario de los ingresos deriva de la naturaleza coactivas de éstos, sin que la forma de prestación del servicio condicione en modo alguno tal naturaleza.

Para el Tribunal Constitucional el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley, que caracteriza a las prestaciones de Derecho público del artículo 31.3 de la Constitución Española, es *"la imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla"*, por lo que el *nomen iuris* (tasa, precio público, o precio privado) importa poco siempre que se respete la reserva de ley exigida en estos supuestos. Siendo supuestos de imposición coactiva aquéllos en los que el servicio o actividad de la Administración es de recepción y solicitud obligatoria, bien sea por ser impuesta esta obligatoriedad por norma jurídica, o por situación de hecho, lo que sucede cuando el bien o servicio es indispensable para satisfacer necesidades básicas de la vida personal o social del obligado al pago. También es coactiva la imposición en casos de monopolio de derecho o de hecho del ente público que efectúa la prestación.

La principal consecuencia que se puede extraer de esta doctrina es que, la condición pública o privada del ente perceptor de la contraprestación que el usuario de un servicio público debe satisfacer es irrelevante a los efectos de la calificación de esa obligación. Lo relevante será que en el servicio se den las notas que el Tribunal Constitucional señala como identificadoras para poder calificar dicha obligación de pago como una prestación patrimonial de carácter público.

Con referencia al servicio de abastecimiento de agua, el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Jurídico de las Entidades Locales incluye el "abastecimiento y depuración de aguas" entre las actividades o servicios esenciales reservados a favor de las Entidades Locales.

Además, dicho servicio, incluido en el catálogo de competencias municipales, en el art. 25.2 l) del citado texto legal, tiene asimismo la configuración de mínimo y obligatorio, es decir, de imperativa prestación en todos los municipios, en su modalidad de abastecimiento domiciliario de agua potable, tal como impone el art. 26.1 a). Dicha esencialidad viene refrendada asimismo en la Exposición de Motivos de la Ley Territorial 12/1990, de 26 de julio, de Aguas, que reza que el agua en Canarias es un recurso natural escaso y valioso, indispensable para la vida y para la mayoría de las actividades económicas. Se puede afirmar, por tanto, el carácter coactivo de dicho servicio, puesto que resulta indispensable para satisfacer las necesidades básicas de los particulares. Este carácter coactivo también se deriva de la prestación del servicio en régimen de monopolio, siquiera de hecho, no de derecho.

Siendo, pues, indudable la naturaleza tributaria de las contraprestaciones de dicho servicio, lo cierto es que las Administraciones públicas siguieron actuando conforme a la tesis clásica de la distinción entre tasa y tarifa en función del criterio del ente perceptor, basándose en el argumento de que cuando el servicio se ejercía mediante gestión indirecta no se estaba utilizando un régimen de derecho público.

Con el fin de adaptar el régimen legal de las tasas y precios públicos a la doctrina del Tribunal Constitucional, zanjando así de una vez por todas la situación existente, el legislador reformuló el concepto legal de tasa, el cual quedó plasmado en primer término, en la nueva redacción que la Ley 25/1998, 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público dio a la letra a) del artículo 26.1 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. (Vigente hasta el 1 de julio de 2004) y, en segundo término, en a letra a) del artículo 2.2 de la LGT, a cuyo tenor:

"a) T*asas 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".

El segundo párrafo del citado artículo se introdujo en la LGT para evitar considerar que si la gestión de los servicios públicos no se llevaba directamente por el ente público titular del mismo, la contraprestación exigible por la prestación del servicio de que se tratare perdía su naturaleza material de prestación patrimonial de carácter público, en general, y de tasa en particular

La distinción entre tasa y tarifa o precio privado resulta trascendente por lo que se refiere al procedimiento a seguir en caso de impago por el usuario del servicio prestado. Así, las tasas serán exaccionadas por vía de apremio, pero si el servicio se presta con arreglo a las formas del derecho privado, las tarifas estarán sometidas a las prescripciones civiles y mercantiles, y su cobro en caso de impago por el usuario deberá ajustarse a las normas de estos ordenamientos.

De esta manera, se cerró la única vía que podía impedir la calificación de tasa de los ingresos derivados del servicio de suministro de agua potable. Por ello, se pudo concluir, que, tras la nueva Ley General Tributaria, el dato de quién sea el gestor material del servicio o prestador inmediato de la actividad, una persona pública, o por el contrario, jurídico privada, no desvirtúa la naturaleza de la prestación correspondiente, ni convierte en privada la prestación pecuniaria que satisface el usuario o destinatario de la actuación correspondiente, resultándole aplicable con ello la reserva de legalidad, con independencia de la forma de gestión del servicio, siempre que quien detente la titularidad sobre dicho servicio público o actividad administrativa sea un ente público.

Sin embargo, dicho párrafo ha sido suprimido por la Disposición Final Quincuagésima Octava de la LES, habiéndose pronunciado la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Subdirección General de Tributos Locales, sobre dicho cambio legislativo, mediante Informe de 26 de julio de 2011, en el siguiente sentido:

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

En el sentido anterior, si un ente local gestionaba directamente, sin ningún tipo de delegación el servicio público deberá exigir una tasa. Por el contrario, si la entidad que gestionaba el servicio publico era una sociedad privada municipal o una empresa privada a

través de un contrato administrativo de gestión de servicio, las contraprestaciones no podrían ser calificadas como ingresos de Derecho público, sino como ingresos de Derecho privado."

Y esa precisamente es la conclusión a la que hay que llegar: La contraprestación del servicio publico de agua gestionado directamente por la Administración tiene la naturaleza de tasa, mientras que si quien gestiona el servicio es una sociedad privada municipal o una empresa privada mediante contrato administrativo de gestión, dicha contraprestación se convierte en un ingreso de Derecho privado, y por tanto, puede ser reconducida al ámbito de los precios privados.

Todo ello sin perjuicio de la existencia de un amplio sector doctrinal que, aún hoy sostiene, (a partir de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional manifestados fundamentalmente en las Sentencias 185/1995 y 182/1997, recogidos por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de noviembre de 2009, entre otras) que, en tanto en cuanto no existan nuevos pronunciamientos, el argumento jurisprudencial sobre el carácter de tasa de este tipo de ingreso vinculado a la coactividad del mismo y a la naturaleza no voluntaria del servicio, sigue manteniéndose, al menos desde un punto de vista material."

En Santa Cruz de Tenerife, a dos de marzo de dos mil doce.