

### **3. LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA**

#### **3.1. Tasa, precio público o precio privado. El debate interminable**

El pertinaz y movedido debate judicial y doctrinal acerca de cuál debe ser la naturaleza jurídica de la contraprestación que las personas usuarias han de satisfacer por el uso del servicio domiciliario de agua potable -una tasa, un precio público o un precio privado-, no solo ha servido para ocupar el tiempo y el interés de numerosos juristas y gestores a lo largo de estos años, sino que ha propiciado un debate paralelo sobre la trascendencia del modelo elegido en cuanto a la eficacia y la viabilidad económica del propio servicio de abastecimiento de agua y su incidencia sobre los derechos e intereses de las personas usuarias.

Si algo ha caracterizado y condicionado este debate han sido precisamente los diversos cambios de criterio y enfoque que han protagonizado tanto legisladores como órganos judiciales en torno a este tema y que encuentran su explicación, precisamente, en la influencia que ambos poderes del estado ejercen entre sí y que determina que cualquier modificación del derecho positivo traiga como consecuencia una nueva formulación jurisprudencial y ésta, a su vez, determine cambios en la propia regulación jurídica.

Son numerosísimos los artículos y exégesis doctrinales que versan sobre este tema y tratan, desde ópticas y enfoques diversos, de poner en claro y sistematizar cual ha sido la evolución legislativa y jurisprudencial y cual es situación actual del debate acerca de cuál debe ser la consideración jurídica que ha de darse a la contraprestación económica del servicio de agua domiciliaria. Cualquiera de ellos sería válido para ayudarnos a ilustrar esta realidad, pero entendemos que nadie mejor que el propio Tribunal Supremo para explicar las razones y fundamentos de tan intrincado asunto.

A tal fin, vamos a acudir a lo expuesto por el Alto tribunal con ocasión de una de las últimas sentencias dictada en relación con el suministro domiciliario de agua potable. Nos referimos a la STS 2170/2014, de 22 de

mayo de 2014, dictada en casación 1487/2012 ante el recurso presentado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 13 de marzo de 2012. Dicha Sentencia recoge en su Fundamento Jurídico CUARTO un pormenorizado recorrido por la evolución jurisprudencial y positiva de este asunto, resumiendo las posiciones mantenidas por la jurisprudencia a lo largo del tiempo en las tres siguientes: «(A) Hay pronunciamientos que consideraron la retribución del gestor indirecto como un precio privado (B) otros le otorgaron la naturaleza de precio público y, en fin, (C) otro grupo de decisiones estimaron que se trataba de una tasa».

El Fundamento Jurídico CUARTO de la Sentencia 2170/2014 realiza un análisis detenido y prolijo de esta evolución jurisprudencial, a cuya lectura remitimos encarecidamente a quienes quieran profundizar en los aspectos técnicos y jurídicos de la cuestión, pero que omitimos reproducir en estas páginas por su dilatada extensión y por no ser éste el objeto del presente capítulo. No obstante, sí estimamos necesario reproducir en su integridad el apartado final de dicho Fundamento Jurídico, ya que sintetiza con bastante claridad y concisión todo lo expuesto anteriormente:

«A título de conclusión sobre este repaso al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de agua domiciliaria o potable, si se hace abstracción de las cinco sentencias Ayuntamiento de Salou, en las que, de forma acrítica, se sostiene que la suma pagada por los usuarios a la empresa arrendataria por la prestación del servicio de suministro de agua es un precio público (así lo habían calificado las partes, sin que hubiera discusión sobre el particular), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa.

Ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitado 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 (v.gr.: sentencias Sociedad General de Aguas de Barcelona y Ayuntamiento de Barbastro). Si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa (v. gr.: sentencias Ayuntamiento de La Orotava).

Esta Sala 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. Por ello, en la sentencia Ayuntamiento de Ávila sienta un criterio, después ratificado en la sentencia Ayuntamiento de Alicante, conforme al que la prestación del servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión.

Pese al aparente “desorden”, la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998) en que el servicio podía financiarse mediante precios públicos, nunca se le ha planteado un supuesto tal. A partir de esa segunda Ley, y también bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 2.2.) y del Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 [artículo 20.1.B)], los usuarios han de financiar el servicio a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios de recepción obligatoria [artículo 25.2.1) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local].

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

Tal y como bien señala el Alto Tribunal la evolución jurisprudencial en torno a esta cuestión no es sino una consecuencia lógica de los numerosos cambios habidos en la legislación positiva que han tenido incidencia en este ámbito sectorial, ya se trate de la legislación local general, de la reguladora de las haciendas locales o de la que regula el ámbito tributario general. El Tribunal Supremo no ha hecho sino adaptar su posicionamiento a la alteración del marco jurídico operado por el legislador estatal.

Así las cosas, todo hace pensar que la evolución jurisprudencial va a continuar en un futuro inmediato ya que, como bien anuncia el Tribunal Supremo en el inciso final del Considerando transcrito, la modificación operada en el art. 2.2.a) de la Ley General Tributaria por parte de la Ley de Economía Sostenible «abre un panorama diferente» sobre el que en ese momento no estima oportuno el Alto Tribunal emitir pronunciamiento alguno, aunque es previsible que lo haga a corto plazo al resolver algunos de los recursos pendientes que afectan a hechos producidos con posterioridad a la aprobación de dicha norma.

Es arriesgado anticipar cual pueda ser el próximo pronunciamiento del Tribunal Supremo. Una posibilidad es que, amparándose en el cambio producido en la Ley General Tributaria, volviese a defender el posicionamiento sostenido inicialmente y abogase por la consideración como precio privado cuando el servicio es gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario en régimen de derecho privado, reservando el modelo de la tasa para aquellos supuestos de gestión directa del servicio en régimen de derecho público. Sin embargo, también es posible que considere que lo esencial no es la forma de gestión, sino el hecho de que se trate de un servicio de recepción obligatoria, en cuyo caso mantendría la tasa como forma jurídica para el precio del servicio.

En todo caso, aparte de no existir certeza alguna de cual vaya a ser realmente la próxima posición del Tribunal Supremo, tampoco creemos que la misma vaya a suponer un punto y final en el debate interminable sobre la consideración jurídica del precio del servicio de agua domiciliaria, por cuanto no sería de extrañar que se produjera una nueva alteración del régimen jurídico positivo cuya finalidad podría ser dar carta de naturaleza a las nuevas corrientes de opinión y socio-políticas que abogan por una vuelta al ámbito público de los servicios de agua, limitando el proceso de progresiva privatización del sector que venía produciéndose en los últimos años y al que, de alguna manera, pretendía dar cobertura la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, llevada a cabo en 2011 por la Ley de Economía Sostenible.

De hecho, durante los años postreros de la legislatura que ahora concluye han estado circulando con profusión textos que constituirían borradores de la anunciada futura Ley reguladora del ciclo integral del agua,

cuyo trámite aprobatorio ha quedado finalmente postergado, pero que no sería en absoluto descartable que viera la luz en la próxima legislatura.

Esta nueva Ley sería la ocasión idónea para tratar de zanjar, al menos desde el derecho positivo, este largo y arduo debate. Especialmente porque su rango legal se adecuaría perfectamente a las exigencias del Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995 al calificar a las tarifas de agua como una prestación patrimonial de carácter público sometida al principio de reserva de ley. Calificación acorde con la condición del servicio de suministro de agua como un servicio público reservado a las entidades locales, que lo prestarán en régimen de monopolio y que debe ser considerado como servicio esencial al resultar imprescindible para el normal desenvolvimiento de la vida humana.

Esto implica, a nuestro modo de ver, que la determinación de los criterios y parámetros que han de servir para conformar las tarifas por la contraprestación del servicio no pueden quedar al albur de las determinaciones que libremente se decida incluir en la correspondiente ordenanza municipal, ni menos aún a las condiciones fijadas en los pliegos concesionales. Antes al contrario, dichos criterios y parámetros deberían estar determinados en una norma con rango de Ley y la misma debería estipular como principio básico que las tarifas deben tener como objetivo y límite la autofinanciación del servicio. Principio que debe aplicarse inexcusablemente, sin importar que la regulación jurídica de la tarifa sea finalmente una tasa o un precio privado y que debe impedir la inclusión en la misma de costes que no estén asociados al servicio de agua, prohibiendo taxativamente que los ingresos sirvan para sufragar gastos municipales ajenos al servicio. De este modo, creemos que se daría cabal cumplimiento a lo estipulado en el art. 107.2 del RDL 781/1986, que aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y al art. 149.4 del -aún vigente- reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955.

### **3.2. La trascendencia del debate. Ventajas e inconvenientes del modelo elegido**

La valoración de cuales sean las ventajas e inconvenientes que se derivan de la opción por uno u otro de los modelos tarifarios, dependerá en