

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ064437

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)

Sentencia 684/2016, de 7 de julio de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 52/2014

SUMARIO:

Tasas. Doctrina general y cuestiones normativas. Necesidad de justificar el principio de equivalencia que afecta a los costes del servicio. 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) LGT, 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 Final 58.^a de la Ley de Economía Sostenible. Lo anterior nos lleva a la necesidad de seguir calificando como tasa la prestación controvertida, por lo que resulta preceptivo el informe técnico-económico que acredite la previsible cobertura del coste de los servicios, en el caso de establecimiento de tasas para financiar, total o parcialmente, los mismos. Ahora bien, dicha circunstancia no pueda servir de base para permitir que las modificaciones de las tarifas que puedan producirse en el futuro, se hagan sin la justificación del principio de equivalencia, que afecta a los ingresos, pero también a los costes del servicio, pues lo contrario supondría dejar al administrado en posible situación de indefensión ante cualquier actuación administrativa de carácter arbitrario [Vid., STS de 19 de diciembre de 2007, recurso n.º 3164/2002 (NFJ031928)]. El hecho de que la memoria económica fuera elaborada por la empresa que presta el servicio y no por el propio Ayuntamiento, no impide su condición del exigido legalmente informe económico-financiero cuando el propio Ayuntamiento lo considera en el expediente administrativo documento justificativo de la revisión propugnada. Sin embargo debe anularse el acuerdo impugnado en lo que se refiere al fondo social creado para cubrir las necesidades más urgentes de aquellos ciudadanos más desfavorecidos, ya que por más que dicha constitución se inspire en el principio de solidaridad no es posible que su dotación corra a cargo de los usuarios del servicio por el procedimiento de revisión de las tarifas de la tasa.

PRECEPTOS:

Ley 7/1985 (LRBRL), art. 63.

Ley 2/2011 (Economía Sostenible), disp. final 58.^a.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19 y 45.

Ley 58/2003 (LGT), art. 2.

Ley 8/1989 (Ley Tasas y Precios Públicos), art. 24.

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), arts. 20, 24 y 25.

PONENTE:*Don Victoriano Valpuesta Bermúdez.*

Magistrados:

Don ELOY MENDEZ MARTINEZ

Don JOSE GUILLERMO DEL PINO ROMERO

Don VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO Núm. 52/2014 .

Registro General Núm. 369/2014.

S E N T E N C I A

Ilmos. Srs. Magistrados:

D. Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

D. Eloy Méndez Martínez.

D. Guillermo del Pino Romero.

En Sevilla, a siete de julio del año dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el recurso seguido en esta Sección Tercera con el número 52/2014 , interpuesto por don Jesús Luis , portavoz del Grupo Socialista en el Ayuntamiento de Huelva, que ha actuado representado por el Procurador don Francisco José Martínez Guerrero, y asistido de Letrado, contra el Excmo. Ayuntamiento de Huelva, representado por el Procurador don Fernando García Parody, y asistido de Letrado; habiéndose personado en la causa Hidralia, Gestión Integral de Aguas de Andalucía, S.A. (HIDRALIA), representada por la Procuradora doña María del Rosario Periañez Muñoz, y asistida de Letrado; así como la Empresa Municipal de Aguas de Huelva, S.A. (EMAHSA), representada por el Procurador don Antonio Candil del Olmo, y asistida de Letrado. La cuantía del recurso es indeterminada. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.**Primero.**

El recurso se interpuso contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Huelva de 16 de diciembre de 2013 por el que se aprueba de modo definitivo la Ordenanza Fiscal Reguladora de la tasa por prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y otras actividades conexas al mismo, publicado en el B.O.P. de Huelva de 20 de diciembre de 2013.

Segundo.

En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que se anule y deje sin efecto dicho Acuerdo, con expresa imposición de costas a la Administración.

Tercero.

En su respectivo escrito de contestación a la demanda, tanto el Ayuntamiento de Huelva como EMAHSA se opusieron a las pretensiones de la parte recurrente por los motivos aducidos, dados aquí por reproducidos en aras de la brevedad, y pidieron se dictara sentencia por la que se inadmitiera el recurso y, subsidiariamente, se desestimara.

También la codemandada HIDRALIA se opuso a las pretensiones de la parte recurrente en su escrito de contestación a la demanda, también dado aquí por reproducido en aras de la brevedad, y pidió se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso.

Recibido el recurso a prueba, y practicadas las propuestas que fueron admitidas, se dio ocasión a las partes para que formularan sus conclusiones, quedando a continuación las actuaciones concluidas para sentencia.

Cuarto.

En la tramitación de la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales por acumulación de asuntos ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer, en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.

El recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por don Jesús Luis , portavoz del Grupo Socialista en el Ayuntamiento de Huelva, contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Huelva de 16 de diciembre de 2013 por el que se aprueba de modo definitivo la Ordenanza Fiscal Reguladora de la tasa por prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y otras actividades conexas al mismo, publicado en el B.O.P. de Huelva de 20 de diciembre de 2013.

Como se dijo, tanto el Ayuntamiento de Huelva como EMAHSA, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, alegan dos causas de inadmisibilidad del recurso, que deben ser examinadas con carácter previo: La primera con invocación del art. 45.2.d) de la L.J.C.A ., por entender que accionando el recurrente como portavoz de un grupo municipal correspondiente a un partido político, precisa acreditar la existencia de un acuerdo previo en tal sentido adoptado por los componentes del grupo. Y en segundo lugar, y con carácter subsidiario de no estimarse la primera, se alega la falta de legitimación activa del recurrente (ex art. 19 LJCA) por carecer, como ciudadano, de un interés legítimo, e igualmente como representante del grupo municipal socialista, por más que sus miembros hubiesen disentido del Acuerdo adoptado, como sería el caso.

Ambas causas de inadmisibilidad se deben rechazar. La primera porque el recurrente es una persona física y, por tanto, no le es aplicable un precepto relativo a la capacidad procesal de las personas jurídicas. Y la segunda porque el recurrente es concejal portavoz del grupo municipal socialista en el Ayuntamiento de Huelva, y consta que votaron en contra del Acuerdo los nueve concejales presentes de dicho grupo municipal, entre los que se hallaba don Jesús Luis que intervino en aquel Pleno (folios 178 y 188 del expediente), disponiendo el art. 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local , que "junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (...) b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos".

Segunda.

Se alegan en la demanda dos motivos de impugnación de la Ordenanza fiscal. El primero de ellos es que la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible , al suprimir el segundo párrafo del art. 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre , General Tributaria, ha reabierto la controversia sobre la naturaleza de la contraprestación económica que los vecinos deben abonar por recibir el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable cuando de la prestación se encarga una sociedad mercantil, de capital íntegramente público o mixto, o un concesionario de servicio público; en suma, cuando el gestor es un sujeto que actúa conforme a normas de derecho privado. En tal supuesto, la contraprestación deja de ser una tasa para pasar a ser un precio privado, y, concretamente, en el caso que nos ocupa, por las transformaciones operadas en el ente gestor, EMAHSA, la cual ha pasado a ser una sociedad de capital mixto gestionada por el socio privado (HIDRALIA), afirma el recurrente que la Ordenanza impugnada es nula de pleno derecho por haberse seguido un procedimiento para su aprobación inadecuado y con omisión de trámites esenciales, como la autorización de los precios por parte de la Administración autonómica.

En efecto, en enero de 2011, tras la tramitación de un expediente de cambio de modo y forma de gestión de los servicios públicos del ciclo integral del agua, el Ayuntamiento de Huelva procede a licitar el contrato para adjudicar la gestión indirecta de los citados servicios bajo la modalidad de sociedad de economía mixta, siendo seleccionada para participar como socio privado, por la vía de la ampliación de capital y por un plazo de veinticinco años, HIDRALIA (antes Aquagest Andalucía, S.A.). Dicha adjudicataria adquirió el 49% de las acciones, correspondiendo el 51% restante al Ayuntamiento de Huelva, transformándose con ello EMAHSA en sociedad de economía mixta por tiempo definido que tiene por objeto la prestación y gestión del servicio público del ciclo integral del agua en el término municipal de Huelva.

El segundo motivo de impugnación, de carácter subsidiario pues se aduce si se considerase que estamos ante una tasa, es la inexistencia del preceptivo informe técnico-financiero ajustado a la legalidad vigente, así como la carencia de justificación de la modificación por causas sobrevenidas pretendida por la Administración demandada, tal como expuso en su informe el Interventor Municipal.

Pues bien, con respecto al primer motivo impugnatorio, en la STS de 23 de noviembre de 2015 (Sección Segunda, recurso 4091/2013) se expone lo siguiente:

"(...) 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 dio 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 58ª 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 Ávila 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".

Por tanto, este primer motivo se ha de rechazar.

Tercero.

En lo que hace al segundo motivo de impugnación, aduce el recurrente en la demanda que EMAHSA elaboró un documento (folios 3 a 90 del expediente) para la revisión de la tasa con propuesta al mismo tiempo de una modificación del contrato administrativo de gestión del servicio público suscrito con el socio privado, aduciendo la necesidad de revisar y actualizar las tarifas asociadas al ciclo integral del agua potable de Huelva para el año 2014 con el fin de que generen los ingresos necesarios para la cobertura de los gastos inherentes al servicio ("actualización del IPC previsto para el ejercicio 2014, así como por variaciones de costes asociados a la gestión del servicio que no dependen directamente de la gestión del socio privado, circunstancias sobrevenidas no previstas inicialmente en el Pliego de Condiciones y por cambios legislativos").

Añade que aunque en dicho documento se incluye lo que se le dio el nombre de "Memoria económica" (folios 34 a 90), ésta no puede ser considerada el preceptivo informe económico-financiero, el cual corresponde elaborar al Ayuntamiento, por lo que es un mero "sucedáneo", no constando en el expediente tampoco que se haya procedido por los servicios técnicos del Ayuntamiento a la "comprobación de la información contenida" en esa llamada "Memoria económica", que además obtuvo los reparos que constan en el informe del Interventor municipal (folios 104 y 105), y que es "a todas luces incompleto" pues no permite conocer "por qué deben ser esas cantidades las más adecuadas y no otras" con un mínimo de rigor, el cual se ha de extremar al caso presente porque, como afirma el Interventor en su informe desfavorable, "la empresa presentó beneficios inesperados en las cuentas anuales del ejercicio anterior". En el referido informe del Interventor municipal se dice: "Hay que tener en cuenta que el equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos, y no solo de los posibles incrementos de los gastos, aspecto este fundamental en el presente expediente, ya que no se aporta estudio económico-financiero que avale que el incremento de gastos no viene acompañado de un incremento en los ingresos, cuando estamos en presencia de una empresa con beneficios en sus cuentas anuales en el ejercicio de 2012, segundo año de este contrato, siendo la previsión inicial la contraria".

También alega la recurrente que las razones contenidas en esa llamada "Memoria económica" para justificar la necesidad de incremento de las tarifas en un 4,1% como suma de diferentes variables, unas conforme al Pliego de cláusulas administrativas del contrato y otras debidas a factores ajenos al Pliego, obrantes a los folios 34 y siguientes del expediente, están desautorizadas en el informe del Interventor municipal, porque analizando en dicho informe "si las circunstancias expuestas entran dentro del riesgo y ventura que rige en las concesiones, siendo

previsibles, o si por el contrario, no lo eran y suponen un riesgo sobrevenido e imprevisible que altera sustancialmente las previsiones del contrato", expresa con relación al aumento de las tarifas eléctricas, que es circunstancia "previsible para la empresa, máxime cuando la oferta presentada por la misma contempla un periodo de 25 años, y habida cuenta que es notorio las fluctuaciones de precios en el sector energético", por lo que entraría en la órbita del riesgo y ventura del empresario.

En el informe del Interventor municipal se dice a continuación, por lo que respecta a la aplicación del fondo social a disposición del Ayuntamiento para cubrir las necesidades más urgentes de aquellos ciudadanos más desfavorecidos por importe de 137.500 euros, que se ignoran datos fundamentales sobre su duración y tratamiento fiscal, y que si bien "de destinarse dentro del ejercicio y no suponer beneficio fiscal alguno podría considerarse adecuada la propuesta de revisión", queda por determinar "si la vía de la revisión de las tarifas sería el procedimiento correcto para la constitución de este fondo".

Recoge el mismo informe con relación al argumento referido a la aplicación del canon de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, que entró en vigor el 10 de agosto de 2010, que toda vez que la licitación del contrato fue de fecha posterior finalizando el plazo de presentación de proposiciones a la licitación el 10 de octubre de 2010, "el argumento del impacto de la aplicación del canon de la Ley de Aguas carece del carácter de circunstancia sobrevenida e imprevisible", si bien añade, a la vista de lo que dispone la disposición final octava de dicha ley, que "cuestión diferente sería que no se hubiera podido prever en su día, aspecto que habría que resolver".

Proseguía el informe del Interventor municipal expresando en relación a la actualización de los costes en los IPC previstos, que "sin perjuicio de los dicho anteriormente, esta circunstancia estaba prevista en el pliego de condiciones administrativas".

Por último, terminaba el referido informe "que si se constatará que hay un aumento de gastos de carácter extraordinario e imprevisible para la misma en el momento de presentar su oferta, y no se ve compensado por el aumento de ingresos y la fórmula de la revisión de precios, entraría en juego el principio del mantenimiento del equilibrio económico, debiendo precisarse a estos efectos el quantum exacto del desequilibrio que no ha sido compensado por la revisión de precios, y seguidamente operaría el reparto del desequilibrio" entre ambas partes, sin que proceda la reparación integral sólo a favor de la empresa.

Para acometer el análisis de estas alegaciones se debe comenzar expresando que el artículo 24.2 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 establece:

"En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente.

3. La cuota tributaria consistirá, según disponga la correspondiente ordenanza fiscal, en:

- a) La cantidad resultante de aplicar una tarifa,
- b) Una cantidad fija señalada al efecto, o
- c) La cantidad resultante de la aplicación conjunta de ambos procedimientos.

4. Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas".

El artículo 25 dispone que "los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente".

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 (Sección Segunda, recurso 3164/2002) señala que "desde luego, el último precepto solo exige el informe técnico-económico que acredite la previsible cobertura del coste de los servicios, en el caso de establecimiento de tasas para financiar, total o parcialmente, los mismos. Ahora bien, dicha circunstancia no pueda servir de base para permitir que las modificaciones de las tarifas que puedan producirse en el futuro, se hagan sin la justificación del principio de equivalencia recogido en el artículo 24, que afecta a los ingresos, pero también a los costes del servicio, pues lo contrario supondría dejar al administrado en posible situación de indefensión ante cualquier actuación administrativa de carácter arbitrario. Por ello, la normativa local, de forma explícita o implícita, ha exigido tradicionalmente que la modificación de tarifas aparezca suficientemente justificada en el expediente administrativo".

Posteriormente, en refuerzo de su consideración esta misma STS de 19 de diciembre de 2007 recuerda que "el artículo 20.1 de Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos , en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, y que sigue teniendo carácter supletorio respecto de la legislación que regula las Haciendas Locales, dispone: "Toda propuesta de establecimiento de una nueva tasa o de modificación específica de las cuantías de una preexistente deberá incluir, entre los antecedentes y estudios previos para su elaboración, una memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta. La falta de este requisito determinará la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que determinen las cuantías de las tasas", y concluye que "en cualquier caso, entiende la Sala que el artículo 24 de la Ley de Haciendas Locales , antes transcrito (heredero del artículo 214 del Texto Refundido de 1986, pues la Disposición Derogatoria de la Ley 39/1988 , dejó sin efecto, entre otras disposiciones, el Título VIII de aquél), que, exige, de un lado, que las tasas por la realización de una actividad o por la prestación de un servicio, no excedan en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate, y, de otro, que se tengan en cuenta los gastos directos e indirectos que contribuyen a la formación del coste total del servicio o de la actividad, incluidos los de carácter financiero, amortización e inmovilizado y generales que sean de aplicación, no sufragados por contribuciones especiales (sin olvidar los criterios genéricos de capacidad económica a que hace referencia el apartado 3 del artículo 24), permite afirmar que en el expediente de modificación de tarifas, ha de quedar suficientemente acreditado, en lo que ahora interesa, el importe de los costes del servicio, pues en otro caso, no sería posible el control de la regla de equivalencia y supondría permitir la posible indefensión ante actuaciones administrativas arbitrarias".

La doctrina interpretativa de dichos preceptos es la que se deriva sustancialmente de las SSTC de 185/1995, de 14 de diciembre , y 106/2000, de 4 de mayo , según las cuales el principio de reserva legal establecido en la Constitución para la imposición de los tributos ha de estimarse respetado, respecto a las tasas y precios públicos cuando, como hacen los artículos 20 y 25 de la Ley de Haciendas Locales , al igual que sus correlativos de la Ley de Tasas y Precios Públicos, se impone la necesidad de un informe técnico-económico o memoria económico-financiera donde se establezcan las oportunas consideraciones para cuantificar el coste de los servicios o las utilidades derivadas de los aprovechamientos del dominio público, de tal manera que este requisito, lejos de ser una formalidad procedimental, determina la viabilidad constitucional de la facultad de las Corporaciones Locales para acordar su imposición.

En relación con la restricción contenida en el artículo 24.2, cabe señalar que la sentencia del Tribunal Supremo (Sección Segunda) de 1 de julio de 2003 , con cita de las sentencias de 12 de marzo de 1997 , 12 de marzo y 22 y 23 de mayo de 1998 y 6 de marzo de 1999 , declara al respecto que "el estudio económico financiero de referencia no puede merecer la calificación de mero requisito formal que debe preceder a la aprobación de una Ordenanza Fiscal y que, por tanto, es perfectamente subsanable, pues, por el contrario, se trata de un instrumento de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación costes globales e ingresos referentes a la prestación del servicio de que se trate, de modo que tal informe o elemento que coadyuva directamente a la determinación de la deuda tributaria está sometido al principio de reserva legal (artículos 10 a) de la LGT y 31.3 de la Constitución, CE), así como que "el informe es la garantía del principio de equivalencia entre importe previsible de la Tasa y coste previsible del servicio, y, por ello, su carácter esencial (ajeno a su virtualidad vinculante o no) es condición del contenido de la Ordenanza litigiosa, sin perjuicio de que no determine taxativamente los elementos del tributo (porque sólo establece los límites económicos que ha de respetar la imposición y la definición general de sus diferentes elementos), de modo que su inexistencia, propiamente dicha, provoca, fatalmente, la nulidad de la Ordenanza".

Aplicando tal doctrina al caso presente, se ha de decir primeramente que la circunstancia de ser elaborada la "Memoria económica" obrante a los folios 34 a 90 por EMAHSA, y no por el propio Ayuntamiento de Huelva, no

impide su condición del exigido legalmente informe económico-financiero cuando el propio Ayuntamiento lo considera en el expediente administrativo documento justificativo de la revisión propugnada. Por otro lado, mal puede alegarse que no ha sido objeto de comprobación por los servicios técnicos del Ayuntamiento cuando obran en el expediente otros informes municipales que lo valoran, muy especialmente el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Huelva de 11 de diciembre de 2013 (folios 162 a 168) respondiendo precisamente a las alegaciones formuladas por el grupo municipal socialista. Además, frente a las conclusiones de los peritos que han informado judicialmente sobre el expediente tarifario elaborado por EMAHSA, no se ha articulado por el recurrente ninguna prueba pericial de contrario que las discuta y contradiga.

En segundo lugar, uno de los reparos que constan en el informe desfavorable del Interventor municipal (folios 104 y 105), es que: "Hay que tener en cuenta que el equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos, y no solo de los posibles incrementos de los gastos, aspecto este fundamental en el presente expediente, ya que no se aporta estudio económico-financiero que avale que el incremento de gastos no viene acompañado de un incremento en los ingresos, cuando estamos en presencia de una empresa con beneficios en sus cuentas anuales en el ejercicio de 2012, segundo año de este contrato, siendo la previsión inicial la contraria". Ahora bien, como recoge el informe de EMAHSA contestando a las alegaciones del Interventor (folio 155), existe un estudio económico-financiero que incluye gastos e ingresos, en referencia al capítulo 6º que "incorpora todos los ingresos, distinguiendo entre periódicos y no periódicos, su previsión, su disminución como resultado de la caída de la demanda; y un resumen de imputación de las tasas (capítulo 7º)". Así lo recoge igualmente el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento. También las conclusiones del informe emitido por el perito Sr. Moises desmienten las alegaciones del recurrente.

Otro motivo para informar desfavorablemente que opuso el Interventor municipal es que, como se ha de analizar si las circunstancias "expuestas" en la Memoria económica entran dentro del riesgo y ventura que rige en las concesiones, ya que sólo un riesgo sobrevenido e imprevisible alteraría sustancialmente las previsiones del contrato, el pretendido aumento de las tarifas eléctricas resulta "previsible para la empresa, máxime cuando la oferta presentada por la misma contempla un periodo de 25 años, y habida cuenta que es notorio las fluctuaciones de precios en el sector energético". Lo mismo cabe decir, expone el Interventor, del argumento referido a la aplicación del canon de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, que "carece del carácter de circunstancia sobrevenida e imprevisible", porque entró en vigor el 10 de agosto de 2010 y la licitación del contrato fue de fecha posterior finalizando el plazo de presentación de proposiciones a la licitación el 10 de octubre de 2010, si bien añade, a la vista de lo que dispone la disposición final octava de dicha ley, que "cuestión diferente sería que no se hubiera podido prever en su día, aspecto que habría que resolver".

Sin embargo, en el informe ampliatorio que elaboró el mismo Interventor municipal el 11 de diciembre de 2013 (folio 161) se dice, con respecto al incremento de las tarifas eléctricas, que el informe de EMAHSA "aclara que durante el ejercicio 2013 se han aprobado cuatro distintas modificaciones tarifarias, la última de ellas aprobada por resolución de fecha 24 de septiembre de 2013", que han supuesto un incremento medio para la explotación del servicio en 2014 del 18,53%. No puede apreciarse, en contra de lo que entiende el recurrente, que estas cuatro modificaciones debieron entrar en las previsiones del contrato.

Por lo que respecta a la aplicación del canon de mejora de la Ley 9/2010, el informe de EMAHSA (folio 157) aclara "que los pliegos técnicos que sirvieron de base a las distintas propuestas no tenían en cuenta dicho nuevo canon, que no se encontraba incluido en el Estudio", que "tan sólo se utilizó el 'canon de inversiones' en todos los cálculos que sirvieron de modelo a las propuestas, dado que era el existente y aplicado a la facturación en el momento de aprobarse los Pliegos que servían de base a la licitación", y que "dado que dichos Pliegos técnicos y administrativos no incorporaban este concepto, no podía tenerse en cuenta a la hora de elaborar la propuesta, de conformidad con las normas dictadas en la Ley de Contratos del Sector Público". Ante estas alegaciones, el informe ampliatorio del Interventor municipal, sin contradecirlas, se limita a exponer que, en efecto, los cánones y la tarifa regulados en esta Ley serán de aplicación a partir del 1 de enero de 2011 pero que, no obstante, estaba previsto que "en tanto no se desarrolle reglamentariamente el Capítulo III del Título VIII de esta Ley, será de aplicación el canon de regulación y tarifa de utilización del agua de acuerdo con el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y normas de desarrollo...". Lo que otorga el carácter de imprevisible al coste derivado del canon de mejora previsto en la Ley 9/2010 no es que precisara de desarrollo reglamentario, sino que no se reflejó en la "memoria económica del expediente de transformación de empresa municipal en sociedad de economía mixta" aprobada con carácter inicial el 28 de julio de 2010, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2010, siendo las previsiones realizadas en esta memoria la base con la que los técnicos del Ayuntamiento elaboraron el Plan Económico

Financiero que se incorpora al Pliego de Condiciones Técnicas. Así se recoge en el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Huelva de 11 de diciembre de 2013 que, en cuanto a la necesidad de aplicar el principio de compensación o reparto entre las partes como consecuencia del desequilibrio económico-financiero producido, acierta cuando termina expresando que el criterio jurisprudencial invocado por el recurrente se refiere a los supuestos en que el servicio se presta mediante gestión indirecta por concesionario, pero no en el presente caso en que la propuesta de revisión de tarifas la plantea una empresa mixta en la que el Ayuntamiento ostenta la mayoría del capital social y participa en igual proporción en los riesgos económico-financieros y resultados derivados de la gestión del servicio.

Conforme, pues, a estos razonamientos se impone la desestimación de los motivos de impugnación hasta ahora analizados.

Cuarto.

En cuanto a la aplicación del fondo social a disposición del Ayuntamiento para cubrir las necesidades más urgentes de aquellos ciudadanos más desfavorecidos por importe de 137.500 euros, el primer informe del Interventor municipal expresaba que se ignoran datos fundamentales sobre su duración y tratamiento fiscal, pero que "de destinarse dentro del ejercicio y no suponer beneficio fiscal alguno podría considerarse adecuada la propuesta de revisión". El informe de EMAHSA (folio 156) aclara que la duración, al igual que las tarifas a reformar, es de un año y que el tratamiento fiscal es el mismo que cualquier otro gasto más de explotación, y, por tanto, no posee ningún beneficio fiscal. Ahora bien, queda por determinar, como informaba el Interventor municipal "si la vía de la revisión de las tarifas sería el procedimiento correcto para la constitución de este fondo".

El referido fondo social se crea por una petición del Ayuntamiento inspirada en principios de solidaridad que el demandante en modo alguno discute. El recurrente también concede que esta, a diferencia de las otras antes examinadas, sí se trataría de una verdadera circunstancia sobrevenida e imprevista, pero que, a su entender, estamos ante una modificación del contrato que requiere necesariamente el cumplimiento de los trámites recogidos en el Informe del Departamento de Contratación del Ayuntamiento de Huelva de 19 de septiembre de 2013 obrante a los folios 106 a 108 del expediente.

Esta alegación hay que acogerla. En principio, sólo cuando operase previamente la modificación del contrato a virtud del ejercicio del ius variandi por parte del Ayuntamiento que impusiera a EMAHSA que sea ella la que deba dotar el referido fondo social, como así se deduce de lo expresado en este último informe del Departamento de Contratación citado, procedería justificadamente el incremento de las tarifas por estar dicha dotación, que no le sería imputable a EMAHSA, fuera del ámbito de su previsión.

Pero, además, el hecho de que el Ayuntamiento no haya previsto una partida presupuestaria para dotar económicamente al fondo social referido no permite, por más que se invoque el principio de solidaridad en su establecimiento, que su dotación corra a cargo de los usuarios del servicio por el procedimiento de revisión de las tarifas de la tasa.

Procede, en consecuencia, la estimación del presente recurso.

Cuarto.

Las costas habrían de ser impuestas a las partes que han visto rechazadas todas sus pretensiones, si bien la Sala, conforme a lo dispuesto en el mismo art. 139.1 de la Ley 29/98, aprecia que el caso presenta serias dudas de derecho que justifican que no se realice pronunciamiento de condena.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jesús Luis contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Huelva de 16 de diciembre de 2013 por el que se aprueba de modo definitivo la Ordenanza Fiscal Reguladora de la tasa por prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y otras actividades conexas al mismo, publicado en el B.O.P. de Huelva de 20 de diciembre de 2013, debemos anular y anulamos dicho Acuerdo por considerarlo no ajustado a derecho. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación fundado en los motivos previstos en el art. 88 de la L.J ., el cual habrá de prepararse en el plazo de diez días a contar desde la notificación de esta resolución.

Y a su tiempo con certificación de esta sentencia para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo al lugar de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.