



III CONGRESO ANUAL
DEL OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA
*Contratos públicos al servicio
de políticas públicas*

CCIES

Sobre la retribución de las concesiones y las tarifas

Alejandro Jiménez Marconi
Zaragoza, 6 de Noviembre 2019

Expansión

Walters Kluwer
España

Con la colaboración de

Fiscalia

DOCTRINA

Hacienda advierte a los ayuntamientos de que aplican precios ilegales en el agua

Tributos se posiciona y advierte de que deben establecerse tasas que sólo repercuten el coste sin margen de beneficio, y no "precios públicos". Los municipios deberían revisar sus fórmulas ante futuras reclamaciones

JOSÉ M. LÓPEZ AGÜNDEZ, Madrid

La Dirección General de Tributos (DGT) vuelve a la carga con la gestión del suministro de agua correspondiente a los ayuntamientos y diente a los ayuntamientos y establece que debe hacerse por medio de tasas, que sólo repercuten el coste del servicio, y no a través de precios públicos, que pueden incluir un margen de beneficio.

De esta forma, los municipios tienen que ajustar el costo del servicio al costo-infraestructuras, personal y reparaciones, pero no incluir el margen de beneficio, incluso aunque se preste en régimen de concesión -también denominado de gestión indirecta-. Los ayuntamientos se quedan ahora, bajo el control de Tributos, sin la co-



Pedro Castro, presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias.

cio". El ayuntamiento este experto, "puedo no el criterio de: si no lo aplica, tener un recurso una contra municipio con Hacienda".

Resis/
En
R

DICTAMEN DEFINITIVO
El Tribunal
de la UE falla
hoy sobre
economía

MIÉRCOLES, 20 OCTUBRE 2010

TRIBUNALES

VIVIR

MUNICIPAL

LA VANGUARDIA 7

Un juez declara ilegal el precio del agua en Barcelona

A una familia se le reclamaron 6.500 euros en dos facturas, que no hay que pagar según una sentencia

SANTIAGO TARÍN
Barcelona

"El precio que la Sociedad General de Aguas cobra en contraprestación del servicio que proporciona a los ciudadanos de Barcelona es ilegal". Esta frase está en la sentencia de un juez contencioso, que ha dictaminado una familia ahora por in-

medio era de 50 a 60 euros y el desmesurado incremento vino causado por un escape en el sótano de su casa. Hoy siguen sin en la casa de unos familiares y ahora unos vecinos les dejan su ayuda a la Associació Catalana de Famílies Nombroses, que depara defender su caso. Según la sentencia, el 6 de febrero de 2006 Agbar libró a la Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de

cioso administrativo 12 de Barcelona, Eduard Paricio Rallo, ha emitido sentencia en la que condena a la antigua Societat General d'Aigües a restablecer de forma inmediata el servicio a los demandantes y anula la parte de la deuda que corresponde a la cuota de servicio. Además, la entidad metropolitana y la compañía deberán indemnizarlos. El magistrado inicia su relato con una reflexión sobre la concesión del servicio de aguas, y al respecto requirió a la Administración y a la compañía toda la documentación que tuvieran. Dice que es un servicio local, pero que "resulta que no hay contrato de concesión" e incluso añade que "estamos delante de una concesión nula por falta de del procedimiento previo exigible; lo cual tienen importantes repercusiones materiales, pues hoy por hoy la gestión del servicio de abastecimiento de aguas a la ciudad de Barcelona y la actuación de SGAB (hoy Agbar) en tanto que concesionaria del servicio son actuaciones ilegales". En cuanto al precio de los recibos, precisa que las tasas que se incluyen en ellos (canon y alcantarillado) no están afectadas en el litigio, pero si el resto, por-

La Vanguardia:

<https://www.lavanguardia.com/vida/20101019/54048955568/un-juez-declara-ilegal-el-precio-del-agua-en-barcelona.html>

¿Porqué nos interesa esta materia?

Datos económicos del sector de abastecimiento de agua y saneamiento:

6.479 MEUR de facturación anual = 0,62% PIB

- 59,5% abastecimiento,
- 35,8% saneamiento (23% depuración y 12,8% alcantarillado) y
- 4,7% otros conceptos (contadores o acometidas)

El 10% es abastecido por servicios municipales (tasa LHL),

El 34% es abastecido por entidades públicas (tarifa art. 2.b LTPP'89),

El 34% por empresas privadas (¿?)

Y el 22% por empresas mixtas (¿?)

(Estudio AEAS / AGA sobre el sector del agua y saneamiento 2016)

¿Porqué nos interesa esta materia?

Elementos desfavorables de la financiación mediante tasa:

- **Autonomía financiera:** Pérdida de la capacidad de financiación y por tanto la autonomía funcional y financiera del gestor indirecto, ya sea empresa pública, privada o mixta.
- **Riesgo de morosidad:** Si el Ayuntamiento asume la gestión directa del cobro de la tasa deberá asumir también los impagos. No asunción del riesgo de morosidad por parte del concesionario.
- **SEC2010:** La financiación de los servicios mediante tasa podría tener efectos en la contabilidad pública del Ayuntamiento: riesgo de consolidación en las cuentas públicas, con el consiguiente riesgo de incumplimiento de los compromisos de déficit y gasto.
- **IVA:** Si el contratista pasa a cobrar del Ayuntamiento, deberá emitirle factura con el IVA correspondiente. Todo el IVA que el Ayuntamiento no se pueda deducir será mayor coste para él.

¿Porqué nos interesa esta materia?

Elementos desfavorables de la financiación mediante tasa:

- **Interese de demora:** los retrasos en el pago al contratista por el Ayuntamiento darán lugar al devengo de fuertes intereses de demora a favor del concesionario/sociedad mixta.
 - **Procedimientos de gestión tributaria:** El Ayuntamiento tendrá la obligación de exigir el pago a los ciudadanos, conforme al procedimiento para la recaudación de ingresos públicos.
 - **Fondos sociales:** La figura de la tasa dificulta la creación de fondos sociales, destinados a ayudar a las personas con dificultades económicas y la flexibilidad para adaptarse a la casuística y necesidades sociales.
-

Evolución legal, doctrinal, y jurisprudencial

Jurisprudencia TS anterior a 2003: Tasa en gestión directa /Tarifa en gestión indirecta

STC 185/1995 sobre LTPP'89: respetar la reserva de ley en PPCP (art. 31.3CE), servicios obligatorios esenciales para la vida privada y social, en régimen de monopolio de hecho o de derecho.

Adaptación por Ley 25/1998 de la LTPP, LHL'88 y LGT'63

LGT 2003 incorpora por enmienda errónea un segundo párrafo en el art. 2.2LGT “cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público”

DGT 26.10.2007: siempre tasa –

SSTS 20.07.2009 y 24.12.2012 entre otras, siempre tasa

Evolución legal, doctrinal, y jurisprudencial

Ley 2/2011 de economía sostenible: suprime el 2º párrafo del art. 2.2b LGT

Informe DGT nº 2011-28394 de 26.07.2011: tasa gestión directa, tarifa gestión directa diferenciada y gestión indirecta.

9 SSTs “Panorama diferente”: STS 25.06.2015, RJ 2015\3214; STS 25.06.2015, RJ 2015\4816; STS 25.06.2015, RJ 2015\4813; STS 20.11.2014, RJ 2014\5967; STS 22.05.2014, RJ 2014\3016; STS 22.05.2014, RJ 2014\3234; STS 3.12.2012, RJ 2013\581; STS 24.09.2012, RJ 2012\9227; STS 16.07.2012, RJ 2012\7895.

2 Sentencias contradictorias:

STS 28.9.2015 tarifa en gestión indirecta

STS 23.11.2015 siempre tasa, también en gestión indirecta

Informes DGT n.º 2016-03364 y 2016-01060, de 8 de abril de 2016: confirma la informe de 2011 pq no ha cambiado el ordenamiento jurídico.

Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

Preámbulo

Art. 267.2 Concesión de Obras (no impugnado ante el TC!)

Art. 289.2 Concesión de Servicios

DA 43ª Naturaleza Jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios en régimen de Derecho privado

DF 9ª Modf Ley 8/1999 TPP (art. 2 exclusión ámbito de aplicación)

DF 11ª Modf LGT (DA1ª LGT nueva redacción)

DF 12ª Modf TRLHL (art. 20.6 nuevo)

STC 63/19, de 9 de mayo de 2019. Desestima recurso de inconstitucionalidad 739-2018 contra LCSP

Preámbulo LCSP

Preámbulo LCSP: «**se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas** que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, tanto en los casos de gestión directa de estos, a través de la propia administración, como en los supuestos de gestión indirecta, a través de concesionarios, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario»

STC 63/19: “FJ3. ... En todo caso, **la novedad introducida por los preceptos impugnados, es sólo relativa**, pues la tarifa como contraprestación, y herramienta de financiación de servicios públicos, no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que referida al establecimiento y regulación de la contraprestación exigible, entre otros, en aquellos casos en los que determinados servicios públicos se prestan bien mediante personificación privada o bien mediante gestión indirecta.”

Art. 267.2 Concesión de obras

Art. 289.2 Concesión de servicios

Artículo 289. Prestaciones económicas.

1. El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que **se percibirá directamente de los usuarios** o de la propia Administración.

2. Las contraprestaciones económicas pactadas, que **se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario**, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.

En la contabilidad diferenciada que el concesionario debe llevar respecto de todos los ingresos y gastos de la concesión, y que deberá estar a disposición de la entidad contratante, quedarán debidamente reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas en la forma prevista en el apartado 6 del artículo 267.

Art. 267.2 Concesión de obras

Art. 289.2 Concesión de servicios

¿Siempre la tarifa tiene naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario? **NO**. La naturaleza de PPCP depende de si hay **coactividad en la prestación del servicio**.

STC 63/19 FJ5 “En todo caso, las categorías legales, tributarias o de otro tipo, tienen cada una la naturaleza propia que se derive de su configuración y régimen jurídico, sin que este Tribunal deba verse vinculado por el *nomen iuris* dado por el legislador (en este sentido, en relación con categorías tributarias STC 185/1995, FJ 6, con cita de la 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 4; así como SSTC 73/2011, de 19 de mayo, FJ 4, y 39/2011, de 31 de marzo, FJ 3). Por tanto, **el hecho de que las citadas tarifas se califiquen de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario no determina, de forma automática, que estemos ante prestaciones encuadrables en el art. 31.3 CE, pues ello dependerá de su verdadera naturaleza**. Al mismo tiempo, la mera calificación como «tarifa» no excluye la naturaleza tributaria (como sucedió en los casos abordados en las SSTC 121/2005, sobre determinadas tarifas por los servicios portuarios; o 102/2012, sobre las tarifas de conducción de las aguas excedentarias trasvasadas desde la cuenca del Tajo a la del Segura).

Cuándo hay PPCPnT (**DA 43^a**): coactividad en la prestación del servicio

DA 43^a

“Las contraprestaciones económicas **establecidas coactivamente** que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado.”

Nota: La regulación actual de la DA 43^a no es del todo correcta: en el primer párrafo solo se menciona como gestión directa la que se realiza con personificación privada (sdad mctil 100% pública), mientras que también es gestión directa la que se realiza con personificación pública tal y como indica el segundo párrafo cuando se refiere a las **entidades pública empresariales**.

Cuándo hay PPCPnT (DA 43^a LCSP)

Coactividad = obligatoriedad del servicio:

DGT V3265-18 26/12/2018 (sobre transporte colectivo): “ ... **El requisito de obligatoriedad del servicio público** no se refiere a la obligación desde el punto de vista del prestador, es decir, que exista una obligación de prestar el mismo por parte de la Entidad Local, sino **desde el punto de vista del prestatario, es decir, que no sea de solicitud o recepción voluntaria para los administrados**”

Si hay coactividad:

Tasa: si es gestión directa sin personificación diferenciada

PPCPnT: si hay gestión directa con personificación diferenciada (Sdad mercantil o EPEL) o gestión indirecta (ej concesión)

Si NO hay coactividad:

Precio público: si presta directamente el Ayto

Precio privado: si hay gestión directa con personificación diferenciada (Sdad mercantil o EPEL) o gestión indirecta (ej concesión)

Cuándo hay PPCPnT (DA 43^a LCSP)

STC 63/19: FJ5º “**Lo que determina y justifica la reserva de ley es la coactividad**, o lo que es lo mismo, **la falta de libertad real y efectiva**, de modo que la reserva del art. 31.3 CE tiene «como uno de sus fundamentos el de "garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes", configurándose de este modo como "una **garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma** y, en última instancia, como una **garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano**" (STC 73/2017, de 8 de junio, FJ 2; con cita de las SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 7, 9 y 10; 3/2003, de 16 de enero, FJ 4, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11)».

Cuándo hay PPCPnT (DA 43^a LCSP)

Contratos de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312 LCSP)

Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Expediente 53/18):

- La Administración contratante es la que configura la forma y condiciones de retribución del contratista y, en su caso, el régimen de las contraprestaciones a abonar por los usuarios del servicio dentro del marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
 - En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía las tarifas o prestaciones que deben satisfacer los usuarios al prestador de los servicios tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario cuando se exijan coactivamente.
-

Cuándo hay PPCPnT (DA 43^a LCSP)

Gestión directa:

❖ con personificación *ad hoc*:

- entidad pública empresarial (persona jurídica pública),
- sociedad mercantil (SA o SL) 100% de titularidad de la Administración

❖ que perciba directamente de los usuarios la tarifa.

Gestión indirecta:

❖ Concesionarios privados, tb empresas mixtas.

❖ que perciban directamente de los usuarios la tarifa.

Cuándo hay PPCPnT (DA 1ª LGT, art. 20.6 TRLHL)

LGT: “exigencia coactiva + respondan a fines de interés general”

- La exigencia coactiva en el cobro es el reverso de la moneda de la exigencia coactiva del servicio.
- La exigencia coactiva o coactividad en el cobro no significa que en caso de impago, el cobro de la tarifa se haga por la vía de apremio. El apremio en el cobro de la tarifa solo es posible si la tarifa tiene naturaleza de PPCPnT y así lo prevé la ley u ordenanza que la regule.

TRLHL: servicios públicos del art. 20.4, si se dan los requisitos del 20.1 y 2 y se prestan directamente con personificación diferenciada o indirectamente.

servicios o realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular:

- Inspección de vehículos, establecimientos industriales y comerciales, etc.
- Servicios de prevención y extinción de incendios,
- Servicios de inspección sanitaria así como los de análisis químicos, etc.
- Cementerios locales.
- Servicios de alcantarillado.
- Distribución de agua, gas, electricidad.
- Etc.

Procedimiento para aprobación

Ámbito Estatal y CCAA: STC 63/2019: La LCSP cumple con las exigencias de reserva de Ley

Ámbito Local: Art. 20.6 TRLHL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante **ordenanza**. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán **informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas** a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.

Consulta previa del art. 133 LPAC 39/2015?

STSJ de CyL 574/2018 de 14.06.2018, el trámite de info pública de la LBRL y TRLHL “colma, desde luego, la finalidad de participación ciudadana a que responde el trámite, no siempre preceptivo, de consulta e información pública regulado en la LPACAP, receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución.”

Procedimiento para aprobación

Comisiones de precios: Cuándo intervienen? Sobre qué se pronuncian?

Resolución CPC Cataluña de 3 de abril de 2019:

- Solo se pronuncian sobre las **tarifas** en caso de gestión directa con personificación diferenciada y en caso de gestión indirecta
- Recomienda emitir informe **una vez finalizado el trámite de información pública** y una vez resueltas las alegaciones **antes de la aprobación definitiva**.
- Solo se pronunciará sobre **aspectos económicos**, no sobre aspectos organizativos o de regulación del servicio.
- Posibilidad de que haya una **regulación marco** en la Ordenanza que establezca las bases de la actualización tarifaria. En estos casos no será necesaria posteriores aprobaciones de las revisiones tarifarias.
- Aconseja que se suspenda el plazo para emitir informe ex art. 80.3 LPA 39/2015.

Conclusiones:

- **El Tribunal Constitucional nunca ha dicho que el precio de un servicio público tuviera que tener siempre naturaleza tributaria y ser una tasa, y la Constitución tampoco lo exige.**
 - **El precio de un servicio público para el administrado puede ser un precio privado, fruto de una relación jurídica privada entre el usuario de un servicio y el prestador del mismo.**
-

Conclusiones:

- Si el servicio tiene carácter coactivo para el administrado, entonces el precio tendrá “carácter público”, y si se paga directamente al prestador del servicio entonces será una PPCPnT, denominada Tarifa.
 - El “carácter público” de la PPCPnT significa únicamente que el precio del servicio tiene que ser fijado respetando el principio de reserva de ley, nada más.
 - En el ámbito local el principio de reserva de ley exige la aprobación de la tarifa por medio de una disposición de carácter general (Reglamento, Ordenanza etc.).
 - La expresión “carácter público” que se incluye en el concepto PPCPnT no significa:
 - Que la relación jurídica entre usuario y prestador del servicio sea una relación regulada por el derecho público.
 - Tampoco que sea un ingreso de titularidad pública.
-

Conclusiones

Control público: en el ámbito local se seguirá el mismo procedimiento de aprobación de las tasas.

Participación ciudadana: los ciudadanos pueden participar no solo presentando alegaciones en el trámite de información pública (30 días), sino que también pueden participar indirectamente en las Comisiones de precios a través de la representación que en dichas comisiones tienen las asociaciones de usuarios.

Flexibilidad: rectificaciones, reclamaciones pueden hacerse con el canal de atención ciudadana, sin necesidad de interponer reclamación económico administrativa.

Garantía de la autonomía funcional y financiera del prestador del servicio: se posibilitará la financiación (bancabilidad) de proyectos concesionales que requieran inversión.



III CONGRESO ANUAL
DEL OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA
*Contratos públicos al servicio
de políticas públicas*

CCIES

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN