

LA CONTRAPRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS: PASADO, PRESENTE ¿Y FUTURO? (*)

BARTOMEU TRIAS PRATS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: 1. Primera etapa: potestad tributaria y potestad tarifaria. 2. Segunda etapa: tasas y servicios públicos coactivos. 3. Tercera etapa: la vuelta efímera a la potestad tarifaria. 4. Cuarta etapa: ¿el retorno de las tasas?– III. LA (SORPRENDENTE) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015: 1. Antecedentes. 2. La argumentación del Tribunal Supremo y el alcance de su fallo.– IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015: 1. El silogismo erróneo de la sentencia del Tribunal Supremo. 2. La Ley de Economía Sostenible y el concepto de tasa. 3. La noción (constitucional) de prestación patrimonial de carácter público y la noción (legal) de tasa. 4. Prestaciones patrimoniales coactivas, tarifas y servicios liberalizados.– V. EPÍLOGO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El debate entre tasa y tarifa como sistemas de financiación de los servicios públicos, especialmente cuando éstos se prestan a través de concesionario o de personificaciones jurídico-privadas, viene desde antiguo. La legislación con frecuencia no ha sabido deslindar con claridad el ámbito de actuación propio de una figura y otra. Y la jurisprudencia, por su parte, ha mantenido posicionamientos cambiantes que no siempre parecen ajustarse a la realidad de la legislación vigente en cada momento. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 ha vuelto a situar el debate en primera línea. Y ha abierto un futuro de incerteza sobre la solución definitiva de la cuestión.

Palabras clave: servicios públicos; concesión de servicios públicos; tasas; tarifas.

ABSTRACT: *The debate between rate and tariff as systems of financing services, especially when they are provided through delear or private law personifications, comes from old. The legislation often has been not abble to define clearly the scope of a figure and another. And the jurisprudence, for its part, has kept changing positions that do not always seem to adjust to the reality of the legislation in force in each moment. The judge-*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de octubre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de marzo de 2017.

ment of the Suprem Court of November 23, 2015 has once again putt the debat on the frontline. And it has opened a future of uncertainty about the final solution of the question.

Key words: public services; public service concession; rates; tariffs.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre cuál deba ser el sistema de financiación de los servicios públicos viene desde antiguo, y tradicionalmente se ha polarizado en torno a dos grandes alternativas contrapuestas: ingresos de derecho público *versus* ingresos de derecho privado. O para ser más precisos, *tasas versus tarifas*.

La opción por una u otra forma de retribución no resulta en absoluto irrelevante, especialmente en el caso que aquí nos ocupa, el de los servicios públicos concesionados, pues una y otra comportan diferencias sustanciales en cuanto al diseño de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio. Si se adopta la figura de la tasa, la naturaleza tributaria de este ingreso hace que el gestor se convierta en un mero explotador del servicio por cuenta de la Administración titular, en el sentido de que la relación económica no se establece entre el prestador y el usuario (por más que aquél se encargue de la recaudación), sino entre el usuario y la Administración. En cambio, si se adopta el modelo de tarifa, entonces es el concesionario el que se convierte en el titular de la contraprestación, de manera que la relación económica se constituye directamente entre éste y el usuario (1) A la vez, desde la vertiente presupuestaria también son evidentes las diferencias que pueden observarse: las tasas se ingresan en el presupuesto de la Administración titular del servicio, para que su importe sea destinado al mantenimiento de los gastos públicos; las tarifas, por el contrario, pasan a formar parte de la cuenta de explotación del concesionario, vinculadas a asegurar la autofinanciación del servicio y el equilibrio económico del contrato (2).

(1) J. PERDIGÓ I SOLÀ (1996: p. 424). La doctrina especializada se ha encargado de destacar las disfuncionalidades que puede generar la imposición de tasas en los servicios públicos prestados por concesionario, motivadas precisamente por el modelo de relación jurídico-económica que genera este tipo de ingreso [véase, entre otros, J. TORNOS MAS (2011: p. 28)].

(2) Desde esta perspectiva, J. TORNOS MAS (2011: p. 29) ha señalado que la cuantía de la tarifa es la que mejor permite identificar los dos elementos propios del precio de un servicio prestado por un particular: coste y beneficio industrial. Esta misma idea, pero llevada a consecuencias más extremas, es la que también puede observarse en J.I. GOMAR SÁNCHEZ (2002: p. 62), quien afirma que la imposición de tasas como forma necesaria de contraprestación de los servicios públicos traería como consecuencia la expulsión del capital privado, pues éste busca legítimamente beneficios y, en opinión del autor, tales beneficios no se pueden incluir dentro del concepto de «coste del servicio». Esta opinión no es compartida por todos los autores, como puede comprobarse en J. PAGÈS I GALTES (1999: p. 403).

Como decíamos al inicio, la alternativa entre tasas y tarifas como forma de retribución de los servicios públicos, y en particular de los servicios concesionados, viene centrando la atención de la doctrina desde hace tiempo. Y hoy, tal vez más que nunca, el debate sigue del todo vivo, estimulado en buena parte por una legislación que con frecuencia ha resultado poco precisa, cuando no equívoca, y por una jurisprudencia dubitativa, sometida a vaivenes, cuyo criterio cambiante no siempre se puede explicar fácilmente por las innovaciones introducidas en el ordenamiento jurídico (3).

II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

1. Primera etapa: potestad tributaria y potestad tarifaria

A menudo se alude a la legislación sobre régimen local del primer tercio y de mediados del siglo pasado como la sede de los primeros exponentes normativos en los que aparece la distinción entre tasas y tarifas. Así, es frecuente la cita del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, del año 1924, en el que se diferenciaban las tasas y otros derechos de la hacienda local, por un lado, y las tarifas de los servicios municipalizados, por otro, configuradas estas últimas como derechos propios de la entidad gestora a cobrar en régimen de derecho privado. O se cita también el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 1955, donde se regulaban los llamados «rendimientos del servicio y explotaciones municipales», que se entendían como los procedentes del beneficio líquido de la explotación de todos los servicios de competencia de los municipios que no respondieran al concepto de «exacción municipal», en el que sí quedaban incluidas las tasas. En definitiva, había en la legislación local una voluntad cierta de diferenciación entre los ingresos tributarios, las tasas, y los no tributarios, las tarifas, aunque la verdad es que esa voluntad no siempre quedaba claramente plasmada en el texto de las normas (4). O incluso en ocasiones el grado de confusión era más que notable,

(3) Entre los muchos autores que se han ocupado de la cuestión, tanto en la doctrina tributaria como en la administrativa, se pueden señalar los siguientes, sin ningún propósito exhaustivo: F.J. VILLAR ROJAS (2005); V. ESCUIN PALOP (2014); R. FALCON Y TELLA (2001); G. FERNÁNDEZ FARRERES (2012); M.D. GUERRERO MUÑOZ (2012); C. MARTÍN SÁNCHEZ (2013); o J. PAGÉS I GALTES (2011).

(4) Como ha señalado J. TORNOS MAS (2009: pp. 540-544), la filosofía que parecía imperar en la legislación local, particularmente en el Texto Articulado y Refundido de 1955, era la de aplicar las tarifas a los servicios de carácter económico, y las tasas, en cambio, se reservaban a la utilización o aprovechamiento especial del dominio público y, en general, a la prestación de servicios o actividades que eran manifestación de una función o potestad pública.

como se podía apreciar en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (5).

En el ámbito de la legislación tributaria la diferenciación entre tasas y tarifas también aparecía recogida, pero sin que lo fuera de una forma contundente en todos los casos. Por un lado, la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 1958, tras definir la tasa como la contraprestación «de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecte de manera particular al obligado», se encargaba de precisar que no tendrían la consideración de tasas las percepciones que los establecimientos públicos obtuvieran por las actividades desarrolladas en forma de empresa mercantil o industrial, y tampoco se considerarían tasas, sino tarifas, los precios de los servicios públicos prestados en régimen de concesión administrativa. En cambio, por otro lado, la Ley General Tributaria de 1963 resultaba mucho más aséptica, limitada a establecer un concepto de tasa más o menos próximo al de la Ley de 1958, pero sin preocuparse de marcar una clara diferencia respecto de las tarifas. Esto último no sucedería hasta el año 1989, con la aparición de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que establecía una definición de tasa, y también de la novedosa figura del «precio público» (6), expresamente circunscrita a la prestación de servicios «en régimen de derecho público» (7). Y no sólo eso, sino que a la vez la Ley excluía de su ámbito de aplicación, es decir, del ámbito de los ingresos de derecho público, a las contraprestaciones «por las actividades que realicen y los servicios que presten las Entidades u Organismos públicos que actúen según normas de derecho privado». Es verdad que la Ley de 1989 no hacía ninguna mención a las contraprestaciones de los concesionarios de servicios públicos, al efecto de excluirlas también de su ámbito de aplicación, pero ello se explica por el hecho de que tales contraprestaciones, al igual que sucedía con las tarifas percibidas por las sociedades de economía mixta y demás contratistas de servicios públicos, ya estaban contempladas en la

(5) Véase, como ejemplo, el artículo 155 de la norma reglamentaria citada.

(6) En realidad, como es sabido, la figura del precio público no fue una innovación de la ley de 1989, sino que su aparición en nuestro ordenamiento jurídico tiene origen en otras fuentes. En primer lugar, en el ámbito de los ordenamientos autonómicos, en la Ley andaluza 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos. Y en segundo lugar, ya en el derecho estatal, en la Ley de Haciendas Locales de 1988. Sobre los orígenes legislativos de los precios públicos pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. RAMALLO MASSANET (1996: pp. 238-240); y F.J. MARTÍN FERNÁNDEZ (1995: pp. 49-54).

(7) De manera concordante con el nuevo concepto de tasa establecido, la Ley de 1989 dio nueva redacción al contenido por entonces en la Ley General Tributaria de 1963. No modificó, sin embargo, el concepto contenido en la Ley de Haciendas Locales, aunque hay que tener en cuenta que el artículo 9.2 de la Ley de 1989 preveía que sus disposiciones serían aplicables supletoriamente a la regulación de las tasas autonómicas y locales.

legislación de contratación administrativa como contraprestaciones claramente diferenciadas de las tasas de la Administración (8).

En efecto, tal vez sea la legislación de contratos de las administraciones públicas donde mejor podía apreciarse la aceptación de las tarifas como forma de retribución de los servicios públicos prestados indirectamente. O dicho de otra manera, tal vez sea esa legislación la que de forma más decidida optaba por un sistema de retribución en el que la contraprestación se abonada directamente por el usuario al prestador, teniendo aquélla lógicamente la naturaleza de ingreso de derecho privado. Así, ya la Ley de Contratos del Estado de 1965 señalaba, al regular el contrato de gestión de servicios públicos, que los particulares tenían el derecho a utilizar tales servicios con las condiciones que hubieran sido establecidas, debiendo satisfacer al empresario, a cambio, «la contraprestación comprendida en las tarifas aprobadas». Esta previsión fue recogida después por todas las leyes que siguieron a la de 1965, hasta llegar finalmente a nuestros días.

En fin, como se ha podido comprobar, no puede decirse que la legislación producida en los diversos ámbitos señalados destacara por la existencia de unos criterios claros y uniformes a la hora de discriminar el juego de la tasa y la tarifa en la contraprestación de los servicios públicos. Es más, podría decirse incluso que en ocasiones había cierta dificultad para armonizar las previsiones contenidas en unas normas y otras. Pese a ello, no obstante, la distinción entre una y otra figuras fue ampliamente admitida por la doctrina, sobre la base de un doble criterio: i) el primero, referido al régimen de prestación del servicio, que imponía la tasa cuando dicho servicio se prestaba en régimen de derecho público, y admitía la tarifa cuando la prestación se sometía a las reglas del derecho privado; y ii) el segundo, relacionado con la titularidad y afectación del ingreso, según el cual la tasa era percibida directamente por la Administración titular del servicio, integrándose en la hacienda pública como un recurso ordinario de la misma, en tanto que la tarifa se ingresaba en el patrimonio del ente prestador, destinada a asegurar la viabilidad financiera del servicio (9).

Al margen de los planteamientos doctrinales, sin duda fue la jurisprudencia la que más empeño puso en diferenciar y deslindar los ámbitos de intervención propios de la tasa y la tarifa, apoyándose para ello en una distinción, referida a las diferentes potestades atribuidas a la Administración para intervenir sobre el precio de los bienes y servicios, que acabaría por hacer fortuna: la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria. La sentencia del Tribunal Supremo

(8) J. TORNOS MAS (2011: pp. 23-25).

(9) Puede verse, entre otros autores, G. ARIÑO ORTIZ (1976). O de fecha posterior, J. TORNOS MAS (1994).

de 12 de noviembre de 1970 marca el inicio de esta trayectoria jurisprudencial, que luego sería seguida por muchas otras resoluciones posteriores, y según la cual: i) la tasa es el resultado del ejercicio de la potestad tributaria, o lo que es lo mismo, de la potestad atribuida a la Administración para exigir de forma coactiva el pago de determinados servicios de responsabilidad pública que son prestados directamente por dicha Administración; y ii) la tarifa, por su parte, es el resultado del ejercicio de una potestad distinta, la potestad tarifaria, que supone el poder de la Administración titular de un servicio para fijar el precio de la prestación indirecta —o a través de una personificación jurídico-privada— de ese servicio. En consecuencia, la tasa se ingresa en el presupuesto público, en tanto que la tarifa pasa a engrosar la cuenta de explotación del ente prestador del servicio. Como puede verse, la jurisprudencia, igual que hacía la doctrina, fundaba la distinción entre tasa y tarifa sobre un elemento fundamental: el sujeto que presta el servicio y el sujeto que recibe el ingreso. De este modo, es fácil comprender que aquélla no dudara en calificar como tarifas las cantidades que satisfacían directamente los usuarios del servicio al sujeto privado prestador, ya fuera éste un concesionario o una entidad de derecho privado de capital total o mayoritariamente público (10). Ahora bien, desde esta perspectiva, se comprenderá también que esa misma jurisprudencia aceptara la imposición de tasas cuando la titularidad del ingreso, aun tratándose de la retribución de servicios comerciales prestados indirectamente o por medio de entidades de derecho privado, se reservaba a la Administración titular del servicio (11).

2. Segunda etapa: tasas y servicios públicos coactivos

El escenario que acaba de describirse se mantuvo de modo pacífico y sin especiales sobresaltos hasta la irrupción de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, que con motivo de resolver la impugnación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 definió por primera vez, con una cierta vocación de generalidad, la noción constitucional de prestación patrimonial de carácter público (art. 31.3 CE) (12).

La Ley de 1989 había dado vida, con alcance general, a un nuevo tipo de ingreso público, el «precio público», mediante una operación que consistía

(10) Se pueden citar, a modo de ejemplo, las SSTS de 17 de marzo de 1979, 13 de enero de 1997, 16 de julio de 1997, 27 de septiembre de 1997, 12 de noviembre de 1998 o 20 de octubre de 2003. C. LÓPEZ GARCÍA (2005: p.14), destaca la existencia de algunos pronunciamientos contradictorios, aunque ciertamente escasos (SSTS de 3 de mayo y 26 de junio de 1996).

(11) En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTS de 29 de enero de 1998, 21 de abril de 1999, 2 de julio de 1999, 20 de octubre de 2005 o 7 de marzo de 2007.

(12) Una exposición sintética del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional y de sus antecedentes procesales puede encontrarse en M. FERNÁNDEZ JUNQUERA (1996: pp. 1-4).

básicamente en desgajar de las tasas toda una serie de supuestos a los que se negaba su naturaleza tributaria (13). Entre esos supuestos se situaban las contraprestaciones de determinados servicios públicos: los que se prestaban en régimen de voluntariedad o concurrencia, esto es, los que no fueran de solicitud o recepción obligatoria o los que no estuvieran monopolizados. La finalidad de la operación no era otra que la de excluir tales ingresos, convertidos en «precios públicos», de la sumisión al principio de reserva de ley impuesta a las percepciones tributarias. Sin embargo, la Ley de 1989 cometió un error de cálculo, porque olvidó que en el esquema de la regulación constitucional la naturaleza no tributaria de las prestaciones no lleva aparejada, por paradójico que resulte, la exención automática del principio de legalidad tributaria. Como es de sobras conocido, el artículo 31.3 CE vincula el principio de reserva legal al concepto de «prestación patrimonial de carácter público». Y ese concepto, tal como ha advertido el Tribunal Constitucional, no es equivalente o equiparable al de tributo.

Así las cosas, todo el debate se centraba en determinar si la figura del precio público, tal como la había configurado la Ley, se correspondía o no con la noción constitucional de prestación patrimonial de carácter público y, en consecuencia, si debía o no quedar sujeta al principio de reserva de ley. En caso de respuesta afirmativa, ello acarrearía necesariamente la inconstitucionalidad de la regulación legal, pues ya hemos dicho que la Ley de 1989 había excluido los precios públicos de la sumisión a dicho principio. Así lo entendió precisamente la sentencia 185/1995, que antes de llegar a esa conclusión se vio obligada a precisar la noción de prestación patrimonial de carácter público. A juicio del Tribunal, la nota esencial que define tal tipo de prestación se encuentra en su carácter coactivo (14). Y eso comporta, trasladado al ámbito específico de los servicios públicos, que se han de considerar prestaciones de carácter público las satisfechas por servicios que sean: i) obligatorios; ii) esenciales; o iii) monopolizados, de hecho o de derecho. Según advierte el Tribunal, en todos estos casos la retribución satisfecha por la prestación del servicio tiene la condición de prestación patrimonial de carácter público, independientemente de cuál sea el *nomen iuris* atribuido al ingreso e independientemente también de cuál sea el régimen o la modalidad gestora, pública o privada, elegida para la prestación del servicio (15).

(13) A. AGUALLO AVILÉS (1992: pp. 34-35).

(14) La coactividad como nota esencial de las prestaciones de carácter público ha sido destacada también por la doctrina. Entre otros, J. PAGÉS I GALTÉS (1999: p. 362).

(15) La irrelevancia de estos extremos en la definición de la noción de prestación patrimonial de carácter público ha sido señalada por la doctrina, entre otros, C. LOZANO SERRANO (1998: p. 39).

La conclusión alcanzada por el Tribunal imponía al fallo de la sentencia un sentido inevitable, que no podía ser otro que el de la declaración de inconstitucionalidad. Y así sucedió, no hubo ninguna sorpresa en este punto. Ahora bien, lejos de lo que cabía esperar, el Tribunal no optó por sancionar la inconstitucionalidad del régimen legal de los precios públicos, aquél que permitía que tales precios quedaran eximidos de reserva legal, sino que hizo algo completamente distinto: declaró la inconstitucionalidad de la propia definición de la figura de precio público. Es decir, en lugar de sancionar la inconstitucionalidad del régimen jurídico lo que hizo el Tribunal fue declarar la inconstitucionalidad del concepto para poder mantener el régimen aplicable. El resultado final de esta peculiar operación fue la alteración de la definición legal de precio público, hasta conseguir que ésta se desvinculara completamente de la noción de prestación patrimonial de carácter público que la misma sentencia se había encargado de perfilar antes (16). En nuestra opinión, este singular modo de proceder del Tribunal Constitucional constituye el punto de arranque de toda la confusión que se iba a generar a partir de entonces respecto a la dualidad tasa-tarifa en la financiación de los servicios públicos.

Como es sabido, la Ley de 1989 había definido la figura del precio público como el reverso de la tasa: mientras que ésta —según el concepto introducido por la propia Ley de 1989— se definía en términos conjuntivos, esto es, se exigía para los servicios públicos obligatorios y monopolizados, el concepto de precio público se establecía en términos disyuntivos, es decir, bastaba la nota de voluntariedad o concurrencia. Así, todos los ingresos de derecho público derivados de la prestación de servicios públicos, o bien encajaban en la definición de tasa, o bien encajaban en la más amplia definición de precio público. Sin embargo, como ya dijimos, la sentencia del Tribunal Constitucional llevó a cabo una modificación del concepto de precio público, con el fin de desvincularlo de la noción de prestación patrimonial de carácter público, estableciendo una nueva definición que, al igual que la tasa, también se configuraba en términos conjuntivos: voluntariedad y concurrencia. De este modo, el resultado final era que el precio público dejaba de ser el reverso exacto de la tasa, dando lugar así a la posibilidad de que existieran ingresos que no encajaran en ninguna de las dos categorías. La necesidad de poner orden a esta confusa situación, generada por la sentencia constitucional, obligó finalmente a la intervención del legislador, con dos leyes, una de 1996 y otra de 1998, cuya finalidad no era otra que la de dar a las figuras de la tasa y el precio público una nueva configuración acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional.

(16) J. RAMALLO MASSANET (1996: p. 224), ha criticado que el Tribunal Constitucional actuara como «legislador positivo», provocando la paradoja de que los únicos precios públicos que subsistían en la ley eran justamente los que no necesitaban una regulación legal.

De las dos leyes, es especialmente destacable la segunda, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público (17). Esta Ley modificó el concepto de tasa recogido en la Ley General Tributaria de 1963, en la propia Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y en la Ley de Haciendas Locales de 1988, así como también modificó la definición de precio público recogida en la citada Ley de 1989, con el objetivo, ya señalado, de adaptar todas esas definiciones a la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público. Así, dado que la sentencia 185/1995 había impuesto un concepto de precio público formulado en términos conjuntivos, voluntariedad y concurrencia, la necesidad de encajar ambas figuras obligaba ahora a definir la tasa en términos disyuntivos, coactividad o exclusividad. Y esto es precisamente lo que hizo la Ley de 1998, otorgando de esta manera a la noción de tasa un carácter ciertamente expansivo. Pero eso no es todo, la Ley hizo algo más: de acuerdo también con la sentencia 185/1995, la Ley definió el requisito de la coactividad equiparándolo a las distintas situaciones que el Tribunal Constitucional ya había identificado con esa condición a la hora de precisar la noción de prestación patrimonial de carácter público. Al final, la consecuencia de todo junto era que, tras la Ley de 1998: i) la tasa se devengaba por la prestación de servicios públicos coactivos; y ii) eran servicios públicos coactivos los obligatorios, esenciales o monopolizados.

En realidad, la Ley de 1998 imponía más requisitos para la puesta en juego de la tasa, pues exigía en todo caso que los servicios públicos coactivos fueran prestados «en régimen de derecho público». Sin embargo, parece que ese dato pasó desapercibido, tal vez diluido por la creencia ciega de que el nuevo escenario legal venía a establecer una suerte de equiparación entre prestación patrimonial de carácter público y tasa. Y por consiguiente, que tras la reforma de 1998 debía considerarse tasa toda contraprestación de servicios públicos coactivos, fuera cual fuera la modalidad de gestión del servicio. O sea, también las tarifas percibidas por el concesionario. En efecto, esa es exactamente la interpretación del régimen legal que iba a adoptar la jurisprudencia a partir de entonces, y que suponía, como acabamos de decir, la liquidación del tradicional sistema tasa-tarifa y su sustitución por un nuevo modelo de financiación de los servicios públicos coactivos monopolizado por la figura de la tasa. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2009

(17) La reforma del régimen legal de las tasas en el ámbito autonómico se llevó a cabo por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, que modificó, para el ámbito de la financiación autonómica, el concepto de tasa recogido en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

es la que abre esta segunda etapa de la evolución jurisprudencial (18), cuya doctrina sería ratificada de manera definitiva por la posterior sentencia de 12 de noviembre de 2009.

No obstante, el nuevo planteamiento de la jurisprudencia había descuidado un flanco que podía comprometer seriamente su solidez. Como hemos destacado más arriba, la Ley 25/1998 no vinculaba indiscriminadamente las tasas a la prestación de cualquier servicio público coactivo, sino que exigía, como requisito adicional, que se tratara de servicios prestados «en régimen de derecho público». Quiere decirse, pues, que una simple lectura de la normativa legal entonces aplicable —Ley General Tributaria de 1963, Ley de Haciendas Locales de 1988 y Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989— permitía afirmar, sin necesidad de grandes esfuerzos, la subsistencia de las tarifas para los servicios prestados conforme al derecho privado, y particularmente para los concesionados. Frente a este planteamiento, sin embargo, la jurisprudencia iba a contar con la ayuda del legislador para cubrir sus debilidades, manifestada en el texto de la Ley General Tributaria de 2003, y de la precisión que ésta introdujo (19) respecto a qué debía entenderse por servicios prestados en régimen de derecho público. Según la Ley, que sustituyó a la antigua de 1963, tales servicios eran todos los de titularidad pública que se prestaran bajo «cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público». Con esta expresión, y su interpretación literal, parecía fácil concluir, ahora sí, cuál era la verdadera voluntad del legislador: que la contraprestación abonada por el usuario de cualquier servicio público prestado en condiciones de coactividad tuviera siempre la categoría de tasa-tributo, independientemente de cual fuera la modalidad de gestión utilizada, pública o privada, directa o indirecta (20).

(18) Ya antes de esta sentencia habían aparecido otros pronunciamientos que vaticinaban el cambio jurisprudencial que iba a producirse (véanse, entre otras, las SSTs de 22 de diciembre de 2001, 7 de marzo de 2007 o 3 de julio de 2007). Tales pronunciamientos, sin embargo, habían seguido resolviendo conforme a los parámetros de la doctrina clásica, aunque eso sólo se debió al hecho de que los supuestos enjuiciados eran anteriores al 1 de enero de 1999, esto es, a la fecha en la que —según la disposición transitoria segunda de la Ley 25/1998— iba a resultar plenamente operativo el nuevo régimen legal de las tasas.

(19) Segundo párrafo del artículo 2.2.a).

(20) La interpretación literal parecía estar avalada por la interpretación auténtica, a la vista de los antecedentes parlamentarios. La precisión señalada no estaba recogida en el proyecto de ley, sino que se introdujo en el trámite parlamentario como consecuencia de dos enmiendas (núm. 16 de IU y núm. 266 de CIU) cuya motivación se expresaba del siguiente modo: «se propone dicha enmienda 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 es obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria (...)».

Algunas voces autorizadas de la doctrina criticaron esta forma de interpretación, por considerar que era excesivamente simplista y que se apoyaba en una idea errónea, o cuanto menos forzada, de la doctrina constitucional contenida en la sentencia de 1995 (21). Sin embargo, lo cierto es que esa interpretación es la que acabó imponiéndose en la jurisprudencia, o mejor dicho, la que sirvió al Tribunal Supremo para confirmar plenamente el nuevo rumbo que había marcado con la sentencia de julio de 2009 (22). La aparición, poco después de la Ley General Tributaria de 2003, del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004 no alteró en absoluto la senda emprendida por la jurisprudencia, a pesar de que esta última norma, aplicable al vasto ámbito de los servicios públicos locales, se limitaba a establecer la ya clásica vinculación entre tasas y servicios coactivos prestados «en régimen de derecho público», sin el añadido de ninguna precisión que permitiera incluir entre esos servicios a los concesionados y demás otros gestionados a través de personificaciones jurídico-privadas.

3. Tercera etapa: la vuelta efímera a la potestad tarifaria

No es difícil imaginar que la nueva doctrina del Tribunal Supremo iba a causar una notable preocupación en las empresas públicas y en los gestores privados encargados de la prestación de servicios públicos, que veían así, como resultado de aquella doctrina, que la subvención se convertía en el único y obligatorio medio de retribución de los servicios que prestaban. La preocupación llegó hasta el nivel suficiente para impulsar la intervención del legislador y promover un cambio del marco normativo que permitiera la vuelta a la situación de origen. Lo que se pretendía, en definitiva, era dejar bien sentada, sin margen para ninguna duda interpretativa, la exclusión de la tasa de la contraprestación de los servicios públicos prestados en régimen de derecho privado. Sin embargo, vistos los acontecimientos posteriores, podemos decir ahora que la operación llevada a cabo a través de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (23) no fue todo lo contundente que se quería y que hubiera sido deseable: lo que hizo la Ley de 2011 fue simplemente eliminar la precisión introducida por la Ley General Tributaria de 2003 respecto a lo que debía entenderse por servicios prestados en régimen de derecho público, pero sin incorporar otra precisión de signo contrario que

(21) Véase la contundente crítica expresada por F.J. VILLAR ROJAS (2005). En la misma línea, R. FALCON Y TELA (2001).

(22) Así puede comprobarse, entre otras, en las sentencias de 14 de noviembre de 2011, 9 de julio de 2012, 20 de marzo de 2013 o 1 de julio de 2013.

(23) Disposición adicional quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

expresamente excluyera de la noción de tasa los servicios prestados conforme al derecho privado (24).

El nuevo panorama generó ciertas dudas e incertezas en la jurisprudencia menor, que no llegó a establecer una posición uniforme en cuanto al alcance de la modificación legal (25). No sucedió lo mismo, en cambio, con la doctrina del Tribunal Supremo, que ya desde sus primeros pronunciamientos se mostró convencida sobre las novedades que traía consigo la Ley de 2011. Aunque tales pronunciamientos hacían referencia a hechos anteriores a la mencionada Ley, lo que impedía al Tribunal la puesta en juego de la misma, en todos ellos, hasta nueve en total, la posición de la jurisprudencia era coincidente a la hora de señalar que la reforma de 2011 iba a permitir recuperar la figura de la tarifa para la retribución de los servicios públicos concesionados, o también para los prestados por empresas de capital parcial o enteramente público (26). Finalmente, la sentencia de 28 de septiembre de 2015 sería la que acabaría confirmando el cambio anunciado por el Tribunal Supremo. Es curioso, pero la sentencia no tenía ninguna necesidad de entrar en el debate sobre la dualidad tasa-tarifa para resolver el caso litigioso. Y ello no porque los hechos fueran anteriores a la Ley de 2011, como había sucedido hasta entonces, sino porque la contraprestación enjuiciada estaba vinculada a un tipo de servicios, los funerarios, que habían sido liberalizados, abiertos a la competencia, es decir, habían dejado de ser servicios públicos

(24) Inicialmente esta había sido la intención del legislador, fruto de una enmienda (núm. 443) introducida por CIU en el Senado que no se limitaba a la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, sino que adicionaba un texto en el que expresamente se negaba la condición de tasa a la «contraprestación por las actividades que se 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». Finalmente dicha enmienda no prosperó.

(25) Algunas Salas (véanse las SSTSJ Canarias, de 15 de noviembre y 23 de diciembre de 2013) se ampararon en la nueva redacción del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria para defender la condición de tarifa de la retribución satisfecha por servicios públicos prestados a través de concesionario o de entidades con personificación jurídico-privada; otras Salas, sin embargo, negaron a la Ley de 2011 la virtualidad de recuperar la figura de la tarifa en la prestación de los servicios mencionados (véase, en este sentido, la STSJ Galicia de 29 de enero de 2014).

(26) Las sentencias a las que nos referimos son las de 16 de julio de 2012, 24 de septiembre de 2012, 3 de diciembre de 2012, 22 de mayo de 2014 (2), 20 de noviembre de 2014 y 25 de junio de 2015 (3). En la misma dirección que el Tribunal Supremo se manifestaba el Informe, de fecha 26 de julio de 2011, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda.

en sentido estricto. La simple constatación de esta circunstancia, pues, hubiera permitido al Tribunal Supremo resolver el litigio sin tener que hacer ninguna consideración respecto a la naturaleza jurídica de la contraprestación. Sin embargo, parece que la intención del Tribunal fue otra muy distinta, o lo que es lo mismo, quiso aprovechar la ocasión para dar un claro respaldo a la nueva orientación jurisprudencial que venía alumbrándose desde la aparición de la Ley de 2011. Y así, el Tribunal no dudó en afirmar la posibilidad de establecer tarifas por la prestación de servicios públicos en régimen de derecho privado. Según se desprende de la sentencia, el posicionamiento del Tribunal Supremo se fundamenta sobre dos normas básicas. De un lado, la Ley General Tributaria de 2003: se admite que dicha Ley tuvo como efecto eliminar la figura de la tarifa de la contraprestación de los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado, lo que implica, en buena lógica, que deba reconocerse igual virtualidad, pero de sentido contrario, a la reforma legal que ha devuelto la Ley General Tributaria a su redacción anterior a 2003. Y de otro lado, el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004: se argumenta que dicha norma, y la conexión que ésta establece entre la tasa y los servicios prestados «en régimen de derecho público», sin el añadido de ninguna precisión que incluya en esta categoría a los servicios concesionados o prestados por personificaciones jurídico-privadas, conduce a admitir la aplicación de tarifas en el caso de tales servicios.

En resumen, todo hacía pensar que tras la reforma de 2011 y la interpretación que hacía la jurisprudencia sobre su alcance, las tarifas iban a recuperar el papel protagonista que tradicionalmente habían desempeñado en la retribución de los servicios prestados a través de concesionario o de entidades sujetas al derecho privado.

4. Cuarta etapa: ¿el retorno de las tasas?

Nada más lejos de la realidad. Las expectativas que había despertado la Ley de 2011 se desvanecieron rápidamente. Ni siquiera habían pasado dos meses desde la última sentencia que antes comentábamos, la de 28 de septiembre de 2015, cuando apareció un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, no referimos a la sentencia de 23 de noviembre de 2015, que iba a dar un giro radical a la situación descrita. Esto es, nos iba a devolver al antiguo escenario de dominio absoluto de la tasa, y de exclusión de la tarifa, en la contraprestación de los servicios públicos. Dicha sentencia constituye por ahora —al tiempo de finalizar la redacción de este trabajo— el último pronunciamiento del Tribunal Supremo que aborda el debate referido a la naturaleza jurídica de la contraprestación de los servicios públicos. Por el momento su planteamiento no ha sido confirmado por ninguna resolución posterior, de manera que no puede decirse que exista jurisprudencia en esa

línea (27). Ahora bien, no hay duda de que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 nos sitúa ante un panorama de enorme incerteza, reabriendo una vez más la polémica —si es que alguna vez llegó a estar cerrada— sobre la alternativa tasa-tarifa en la financiación de los servicios públicos.

Sin perjuicio de los detalles que expondremos más adelante, la argumentación de la sentencia se puede resumir en dos actos. El primero, en el que se nos dice que la Ley de Economía Sostenible de 2011 no tuvo más efecto que el de devolvernos a la situación que existía antes de la Ley General Tributaria de 2003. Y a continuación, el segundo, en el que se añade que ya en esa situación, definida por la doctrina constitucional de la sentencia 185/1995 y por la traducción legal que hizo de la misma la Ley 25/1998, los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos coactivos son siempre y en todo caso tasas, independientemente de cual sea la modalidad gestora del servicio adoptada. Así pues, la sentencia ha venido a suponer un salto retrospectivo en el tiempo, una vuelta a la jurisprudencia sentada por las sentencias de julio y noviembre de 2009, como si entre aquel momento y ahora nada hubiera sucedido. Y con esto, en definitiva, ha dejado en el aire la subsistencia de las tarifas como medio de retribución de los concesionarios de servicios públicos y de otras entidades que los prestan en régimen de derecho privado.

III. LA (SORPRENDENTE) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

Llama la atención el empeño que ha puesto muchas veces el Tribunal Supremo en afirmar que los cambios de criterio que ha experimentado su doctrina a lo largo del tiempo —que antes ya hemos expuesto— no han sido consecuencia de un supuesto desorden jurisprudencial, o de una evolución incoherente de sus planteamientos, sino el puro resultado de los vaivenes y alteraciones normativas que se han ido sucediendo con el transcurso de los años. A nuestro juicio, tal afirmación resulta muy cuestionable a la vista de la sentencia de 23 de noviembre de 2015, pues lo que ha hecho ésta, rectificar de plano la posición que el propio Tribunal Supremo había mantenido hasta apenas dos meses antes, difícilmente puede excusarse en la aparición de ningún cambio normativo sobrevenido. La situación de nuestro ordenamiento jurídico al tiempo de aparecer las primeras resoluciones que vaticinaron los

(27) Sí existe otra resolución, ésta de fecha 24 de noviembre de 2015, en la que se alude indirectamente al debate tasa-tarifa, y en la que se hace mención a la anterior de 23 de noviembre. Sin embargo, la doctrina establecida en esta segunda sentencia nada tiene que ver, no afecta en absoluto, al núcleo del debate conceptual sobre la distinción tasa-tarifa, de tal manera que no puede decirse que ésta haya venido a confirmar la doctrina de aquélla y que haya creado jurisprudencia.

cambios que traía consigo la Ley de Economía Sostenible de 2011, y de las demás otras que siguieron hasta la de fecha 28 de septiembre de 2015, es exactamente la misma que la que había en el momento de dictarse la sentencia de 23 de noviembre de 2015. Sin embargo, la conclusión a la que llega ésta es totalmente opuesta a la que alcanzaron antes las otras resoluciones. Desde este punto de vista, pues, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 puede calificarse de sorprendente.

1. Antecedentes

Los hechos que dieron pie al litigio enjuiciado por el Tribunal Supremo son seguramente conocidos, pero convendrá que los recordemos, aunque sea brevemente. En el municipio de Santa Cruz de la Palma el servicio de suministro de agua potable se prestaba indirectamente, por medio de concesionario, si bien la remuneración de dicho servicio se efectuaba a través de tasa. Los usuarios abonaban directamente el importe de la contraprestación al Ayuntamiento, que lo ingresaba en el presupuesto local, correspondiendo luego a la Administración el deber de pagar al concesionario el precio del contrato. A finales del año 2011 el pleno de la Corporación aprobó la modificación de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa, sin contar previamente con la intervención o autorización de la Comunidad Autónoma. Ello motivó el recurso de la Administración autonómica, al entender que la contraprestación del servicio, dado que éste se prestaba a través de gestor privado, debía merecer la calificación de tarifa. Y que dicha tarifa, en consecuencia, estaba sometida al control de precios por parte de la Comunidad Autónoma. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 21 de noviembre de 2011, desestimó la impugnación de la Administración recurrente, lo que significaba confirmar y reconocer la naturaleza tributaria, y la condición de tasa, asignada al ingreso percibido por el Ayuntamiento.

La argumentación que utiliza la sentencia de instancia conecta plenamente con la doctrina jurisprudencial más clásica. Según entiende la referida sentencia, tras la Ley de 2011 la interpretación del ordenamiento jurídico aplicable había de volver a su formulación tradicional. Y así: i) cuando el servicio se gestiona por cuenta de la Administración a través de una sociedad privada municipal o de un concesionario, y son éstos los que prestan el servicio, lo facturan y lo cobran directamente de los usuarios, entonces la contraprestación será una tarifa; ii) por el contrario, si el servicio se presta directamente por la Administración sin ningún tipo de delegación, percibiendo ésta la contraprestación, entonces ha de ser una tasa; y iii) por último, la contraprestación también ha de ser una tasa cuando el servicio, no obstante tener carácter comercial y prestarse a través de concesionario, hace difícil —por su características— que pueda establecerse una relación

singular entre el prestador y el usuario, provocando que la contraprestación deje de corresponder al gestor del servicio y sea atribuida directamente a la Administración titular del mismo.

Como habíamos dicho, la sentencia de instancia es fiel reflejo de la doctrina jurisprudencial más clásica, que distingue entre tasa y tarifa no sólo en atención al régimen de prestación del servicio, sino también en función de la titularidad del ingreso y su destino.

2. La argumentación del Tribunal Supremo y el alcance de su fallo

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 desestima el recurso de casación que interpuso la Comunidad Autónoma de Canarias y, en consecuencia, ratifica el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia. Quiere decirse, pues, que también el Tribunal Supremo sanciona la condición de tasa atribuida al ingreso municipal, y por consiguiente rechaza que la regulación de la misma debiera someterse al control de precios autonómico. En definitiva, tanto la sentencia de instancia como la dictada en casación llegan a una conclusión idéntica sobre la naturaleza de la prestación percibida por el Ayuntamiento. Sin embargo, el razonamiento utilizado en un caso y en otro es completamente distinto. La resolución del Tribunal Superior de Justicia sigue el criterio común de definir la tipología de la contraprestación —tasa o tarifa— en función del sujeto perceptor del ingreso. La sentencia del Tribunal Supremo, en cambio, atiende a la naturaleza o características del servicio retribuido, resultándole completamente indiferente quien sea el sujeto prestador de dicho servicio o el sujeto titular del ingreso.

En esencia, el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo ya lo conocemos. A su juicio, la modificación introducida por la Ley de 2011 en la definición del concepto legal de tasa no ha tenido ninguna repercusión sobre la calificación de la contraprestación de los servicios públicos coactivos. Y ello por la sencilla razón de que dicha contraprestación ya debía considerarse tasa antes de la aparición de la Ley General Tributaria de 2003. Según dice expresamente la sentencia, tras la reforma de 2011 «nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior a la vigencia de la Ley General Tributaria». Y en esa etapa —sigue argumentando la sentencia— la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia constitucional de 1995, unida a las modificaciones que impuso la Ley 25/1998 en el concepto de tasa entonces vigente —y que hoy se mantiene—, ya determinaban que la contraprestación de los servicios públicos coactivos debía adoptar la forma de tasa, fuera cual fuera la forma de gestión del servicio. Por consiguiente, concluye el Tribunal, el servicio de abastecimiento de agua potable, al ser un servicio público coactivo —dado su carácter de servicio obligatorio y esencial—, debe retribuirse necesariamente

mediante tasa, aun cuando dicho servicio sea prestado por un sujeto privado en régimen de concesión administrativa.

Llegados a este punto, la primera y principal cuestión que suscita la sentencia del Tribunal Supremo es sin duda la que hace referencia al alcance de su fallo. O por expresarlo en modo interrogativo: ¿cuáles son las verdaderas consecuencias que se derivan de la sentencia para el sistema de financiación de los servicios públicos coactivos? Hay que advertir, en relación a esto, que la sentencia se limita a sancionar la legalidad del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, que atribuyó naturaleza tributaria a la contraprestación del servicio concesionado de suministro de agua potable, excluyendo así del procedimiento de aprobación de la ordenanza reguladora la intervención de la Comunidad Autónoma. Bien es cierto que ese pronunciamiento se apoya sobre la afirmación precedente de que toda contraprestación de servicios públicos coactivos ha de ser siempre una tasa. Sin embargo, también es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo no extrae de esa afirmación más consecuencias que la ya señalada de sancionar la legalidad del acuerdo municipal impugnado. O lo que es lo mismo, la sentencia de 23 de noviembre de 2015 nada nos dice sobre de qué modo la naturaleza tributaria atribuida al ingreso haya de repercutir sobre la definición de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio concesionado.

El voto particular discrepante que sigue al pronunciamiento mayoritario parece tener muy claras cuáles son, en buena lógica, esas consecuencias: excluir completamente la tarifa de la financiación de los servicios públicos coactivos; y en consecuencia, en el caso de que tales servicios sean gestionados indirectamente, convertir a la subvención en el único medio posible de retribución del concesionario. En la doctrina, sin embargo, hay algunas opiniones que abogan por atribuir a la sentencia del Tribunal Supremo una proyección más limitada o modesta. Y que afirman, en esta línea, que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 no puede entenderse en el sentido de que impida la existencia de precios privados, percibidos directamente por el gestor, como contraprestación de servicios públicos coactivos, sino en el sentido de exigir que tal contraprestación se someta a los requerimientos del principio de reserva de ley (28). En otras palabras, lo que nos vendría a decir la sentencia, de acuerdo con esta interpretación, es que la retribución de los servicios públicos ha de considerarse tasa en un sentido amplio, no estricto, esto es, a los solos efectos (constitucionales) de su sujeción al principio de reserva legal, pero no a los efectos de excluir la naturaleza jurídica-privada del ingreso percibido por el gestor (privado) del servicio.

(28) Véase, en esta línea, R. FALCON Y TELLA (2016).

Si este fuera realmente el sentido o alcance que pudiera atribuirse al pronunciamiento del Tribunal Supremo, no habría a nuestro juicio nada que se le debiera objetar. Sin embargo, creemos que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 no apunta en esa dirección, sino en otra muy distinta: la de considerar que la contraprestación de los servicios públicos coactivos ha de ser siempre y en todo caso una tasa en sentido estricto, es decir, un ingreso de naturaleza tributaria, cuya percepción solo puede corresponder por lo tanto a la Administración titular del servicio.

Este planteamiento referido a la naturaleza y titularidad del ingreso es justamente el que se halla presente en la jurisprudencia sentada por las sentencias de julio y noviembre de 2009. Y no podemos olvidar, según ya destacamos en otro momento, que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 se apoya precisamente sobre esa jurisprudencia. Así pues, es fácil concluir que lo que hace la mencionada sentencia, en definitiva, es abogar por la exclusión radical de las tarifas como figura retributiva de los servicios públicos coactivos, sea cual sea la modalidad de gestión utilizada, incluida la concesión administrativa. Y por consiguiente, de este modo, la sentencia acaba imponiendo una alteración de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio, con el resultado de hacer desaparecer la relación directa —de derecho privado— entre el usuario y el gestor privado y de sustituirla por otra relación distinta —de derecho público y naturaleza tributaria— entre dicho usuario y la Administración titular del servicio (29).

En nuestra opinión, esta forma de entender las cosas no se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco a la de la doctrina constitucional referida a la noción de prestación patrimonial de carácter público y su relación con la figura de la tasa,

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

1. El silogismo erróneo de la sentencia del Tribunal Supremo

Si se lee con detenimiento la sentencia del Tribunal Supremo de noviembre de 2015 se advertirá que todo su razonamiento se puede reconducir al esquema de un silogismo relativamente simple. La premisa mayor consiste en afirmar que la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible de 2011 no tuvo ningún impacto real sobre el régimen legal de las tasas, todo lo más supuso el retorno a la situación preexistente a la Ley General Tributaria de 2003. La premisa menor, por su parte, se concreta en la afirmación de que ya antes de

(29) Así lo expresa con total claridad la sentencia de 12 de noviembre de 2009 (F.J. 3).

la mencionada Ley General Tributaria de 2003 las contraprestaciones de los servicios públicos coactivos tenían naturaleza tributaria, eran tasas, en concreto. Y finalmente, la conclusión lógica que se deriva de las anteriores premisas es que en la actualidad dichas contraprestaciones deben seguir considerándose tasas. En resumen, lo que nos viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo es lo siguiente: si la Ley de Economía Sostenible nos ha devuelto a la situación anterior a la Ley General Tributaria de 2003, y resulta, a la vez, que ya antes de esta Ley las contraprestaciones por servicios públicos coactivos se consideraban tasas, hoy, igual que entonces, las contraprestaciones mencionadas son tasas.

En nuestra opinión, el silogismo expresado no es correcto. O mejor dicho, no es correcta la conclusión a la que se llega porque no son correctas las premisas sobre las que se apoya.

2. La Ley de Economía Sostenible y el concepto de tasa

Quienes negaron que la Ley General Tributaria de 2003 hubiera tenido incidencia sobre el concepto legal de tasa, al efecto de proyectarlo sobre los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado, no habrán tenido ninguna dificultad para negar también que la reforma llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible haya supuesto ninguna alteración del mencionado concepto. Si los cambios introducidos por aquella Ley resultaron inocuos desde el punto de vista de la ampliación de los servicios públicos sujetos preceptivamente a tasa, igualmente inocuas habrán de considerarse las modificaciones efectuadas por la Ley de 2011 que han supuesto la vuelta a la definición de tasa que ya existía antes de la Ley de 2003. Sin embargo, lo que resulta muy difícil de aceptar es que puede pretenderse lo segundo sin admitir lo primero. Es decir, que en su momento se afirmara que la Ley General Tributaria de 2003 produjo el efecto de imponer la tasa también para los servicios públicos prestados conforme al derecho privado y que ahora, en cambio, se niegue cualquier virtualidad a la reforma efectuada por la Ley de Economía Sostenible. Pues bien, por sorprendente que pueda parecer, tal es exactamente lo que ha sucedido con la jurisprudencia y la sentencia de 23 de noviembre de 2015.

Según tuvimos ocasión de ver en otro momento, tras la aprobación de la Ley General Tributaria de 2003 fueron muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que se apresuraron a pronosticar que la entrada en vigor de la nueva norma legal iba a comportar cambios en la «calificación» de la contraprestación de los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado (30). Y de igual modo, también fueron muchos los pronunciamientos jurisprudenciales

(30) Véanse, como ejemplo, las SSTS de 22 de diciembre de 2001, 7 de marzo de 2007 y 3 de julio de 2007.

que, una vez ya producida la entrada en vigor de la Ley, tomaron a ésta —y particularmente al segundo párrafo de su artículo 2.2.a)— como argumento para atribuir la condición de tasa a la retribución de los servicios públicos concesionados (31), afirmando sin ninguna vacilación que la Ley de 2003 «ha ampliado la definición de tasa» (32). Más adelante, cuando apareció la Ley de Economía Sostenible, nuevamente la jurisprudencia se mostró coincidente, esta vez para afirmar, en coherencia con sus planteamientos anteriores, que los cambios producidos por la Ley en la definición de tasa iban a permitir recuperar la figura de la tarifa para la retribución del concesionario de servicios públicos, y en general para todos los gestores privados de dichos servicios (33). Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 confirmaría el nuevo escenario anunciado.

Hasta aquí, se podrá estar de acuerdo o no con la posición sostenida por la jurisprudencia, y con la interpretación que ha hecho en cada momento sobre el alcance de las reformas introducidas por la Ley General Tributaria de 2003, primero, y por la Ley de Economía Sostenible de 2011, después. Ahora bien, no podrá decirse que la doctrina jurisprudencial no haya mantenido al respecto una línea coherente. Sin embargo, en nuestra opinión, la sentencia de 23 de noviembre de 2015 ha supuesto una ruptura en la evolución jurisprudencial, sin que aporte excesivos argumentos que la justifiquen. Y así, donde antes se argumentaba que la Ley de 2003 había ampliado el concepto de tasa, extendiéndolo a los servicios prestados conforme al derecho privado, y donde se defendía también, de manera lógica, que la Ley de 2011 lo había reconducido a sus cauces iniciales, habilitando nuevamente la figura de la tarifa, ahora se nos dice, en la sentencia de noviembre de 2015, que nada de eso ha sucedido así: que la Ley de Economía Sostenible no ha tenido ningún impacto sobre el concepto de tasa, que todo lo más nos ha devuelto a un escenario, anterior a la Ley General Tributaria de 2003, en el que las tarifas ya debían considerarse tasas (34), lo que obliga a entender, por consiguiente, que para la sentencia de 23 de noviembre de 2015 esta Ley tampoco tuvo ninguna incidencia sobre el mencionado concepto de tasa.

En resumidas cuentas, como ya habíamos señalado en otro momento, todo se explicaría como una suerte de salto retrospectivo en el tiempo, como si nada hubiera ocurrido entre los años 2003 y 2011. Sin embargo, es obvio que este planteamiento choca frontalmente con lo que nos había venido diciendo la jurisprudencia hasta ahora.

(31) Véanse, entre otras, las SSTS de 14 de diciembre de 2011, 9 de julio de 2012, 20 de marzo de 2013 o 1 de julio de 2013.

(32) Véase la famosa STS de 12 de noviembre de 2009.

(33) Véanse las SSTS citadas, *ut supra*, en la nota 26.

(34) Así lo ha entendido también en la doctrina I. JIMÉNEZ COMPAIRED (2011: pp. 72-79).

Tal vez consciente de sus debilidades, la resolución del Tribunal Supremo trata de buscar apoyo a su argumentación en la doctrina constitucional, y en concreto en lo dicho en la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril, relativa a la Ley de Puertos del Estado de 1992 y a la regulación que esta norma hizo de las tarifas por servicios portuarios. Según afirma el Tribunal Supremo (F.J. 7º), la sentencia constitucional «declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 (...) en la medida que califican 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 realidad, lo que se dice en la sentencia constitucional no es exactamente lo que parece desprenderse del pasaje transcrito de la resolución del Tribunal Supremo. De entrada, es fácil comprobar que la sentencia 102/2005 sólo declara la inconstitucionalidad de los preceptos que se refieren a las tarifas por servicios prestados directamente por las Autoridades Portuarias, dejando por completo intactas —ni siquiera fueron objeto de impugnación— las disposiciones relativas a las tarifas por servicios portuarios indirectos, que mantienen así su carácter de precios privados. Es cierto, no obstante, que en un momento de la sentencia (F.J. 6º) el Tribunal Constitucional alude también a la contraprestación de los servicios indirectos, señalando que a las tarifas satisfechas por la prestación de tales servicios también se les debería atribuir naturaleza tributaria. La afirmación, aunque *obiter dicta*, parece contundente. Sin embargo, lo importante ahora es destacar cuál es el verdadero fundamento que llevó al Tribunal a realizar esa afirmación. Según se puede leer, la sentencia constitucional dice que «estas tarifas son tributos, con independencia de que los determinados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». La verdad, pues, es que el Tribunal Constitucional, a la hora de afirmar la naturaleza tributaria de las tarifas portuarias, hizo descansar directamente esa calificación sobre lo establecido en la Ley General Tributaria de 2003, concretamente sobre lo previsto en el segundo párrafo del artículo 2.2.a). Así las cosas, no nos equivocaremos si decimos que el Tribunal Constitucional, de no haber existido —como no existe hoy— la previsión legal citada, nada hubiera objetado a la configuración como precios privados de las tarifas por servicios portuarios indirectos (35). En conclusión,

(35) Sobre la STC 102/2005 y su alcance puede verse nuestra obra (2011: pp. 290-296), donde ya defendíamos que la sentencia del Tribunal Constitucional no había afectado en absoluto a la condición de precios privados atribuida a las tarifas por servicios indirectos. Y donde también manteníamos, siguiendo la posición expresada por el Prof. Villar Rojas, que tal condición debía subsistir aun después de la aparición de la Ley General Tributaria de 2003.

podemos decir también que la invocación hecha a la sentencia constitucional 102/2005 nada ayuda a sostener el planteamiento defendido por el Tribunal Supremo, más bien todo lo contrario.

3. La noción (constitucional) de prestación patrimonial de carácter público y la noción (legal) de tasa

Incluso si se aceptara que la Ley de 2011 no ha tenido más resultado que el de devolvernos al escenario anterior a la Ley General Tributaria de 2003, tampoco con esto se impondría necesariamente la condición de tasa de todas las contraprestaciones de servicios públicos coactivos. Es verdad que la aceptación de esa hipótesis nos situaría hoy —tal como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo— ante un marco normativo esencialmente equiparable, por lo que se refiere a la noción legal de tasa, al que existía antes de 2003, toda vez que: i) por un lado, subsiste vigente la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 con la afectación producida por la STC 185/1995; y ii) por otro lado, la definición de tasa contenida en la vieja Ley General Tributaria de 1963 —con la modificación incorporada por la Ley 25/1998— en poco o nada difiere de la recogida en la vigente Ley de 2003 —tras la reforma de 2011—, de igual modo que tampoco difiere la establecida por la Ley de Haciendas Locales de 1988 —con la modificación hecha por la citada Ley 25/1998— respecto de la actual del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004. Sin embargo, como decíamos, aún así, con estos textos normativos en la mano, tanto los de antes como los de ahora, consideramos que es erróneo atribuir la condición de tasa a cualquier modalidad de contraprestación de servicios públicos coactivos, prescindiendo por completo de cuál sea el régimen de gestión del servicio y de cuál sea el sujeto titular del ingreso.

En este punto radica, en fin, nuestra discrepancia con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015, y por consiguiente también con la jurisprudencia —iniciada por las sentencias de 2009: *Ayuntamiento de Ávila* y *Ayuntamiento de Alicante*— sobre la que aquélla se apoya.

Es cierto, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo, que uno de los propósitos fundamentales de la Ley 25/1998 fue el de introducir en la noción legal de tasa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación al concepto de prestación patrimonial de carácter público y a la exigencia de reserva de ley para el establecimiento y regulación de tales prestaciones coactivas. Eso explica, precisamente, que al definir el nuevo concepto de tasa la Ley 25/1998 optara por vincular esta figura a la prestación de los servicios públicos que coincidían con las notas que el Tribunal Constitucional había utilizado para definir las prestaciones coactivas, esto es, servicios obligatorios, esenciales o monopolizados. Así pues, conforme al

concepto de tasa introducido por la Ley de 1998, para la puesta en juego de esta figura tributaria se exigía que el servicio público retribuido reuniera alguna de las notas características de la coactividad. Sin embargo, de ahí no se derivaba que toda contraprestación de servicios públicos coactivos tuviera que ser necesariamente un tributo-tasa. Y ello por una razón evidente: porque la Ley 25/1998 estableció el nuevo concepto de tasa no sólo sobre la base de la noción material de prestación patrimonial de carácter público, sino que introdujo en la definición un segundo elemento, este de carácter formal, que sin duda era fruto de la tradición normativa y jurisprudencial: el referido al régimen de prestación del servicio, que debe ser de derecho público. Así puede comprobarse perfectamente en la redacción vigente de la Ley General Tributaria y del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (36).

A su vez, a mayor abundamiento, no podemos olvidar que la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 resulta de aplicación supletoria (37) respecto de la legislación que regula las tasas y los precios públicos de las comunidades autónomas y de las haciendas locales. Y resulta también, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley —que no fue impugnado ni declarado inconstitucional por la STC 185/1995— que ésta excluye de su ámbito de aplicación, y por lo tanto de la definición y regulación que hace de las tasas y los precios públicos, «las contraprestaciones por las actividades que realicen y los servicios que presten las entidades u organismos públicos que actúen según normas de derecho privado». Quiere decirse, pues, que la Ley de 1989 atribuye plena relevancia a la forma de prestación del servicio como factor determinante de la naturaleza de la contraprestación, hasta el punto de afirmar que si el servicio

(36) J. PERDIGÓ I SOLÀ (1996: pp. 436-437), ha señalado que el significado de la expresión «en régimen de derecho público», contenida tanto en la Ley General Tributaria de 2003 como en la Ley de Haciendas Locales de 2004, podría establecerse, en principio, por contraposición con el de iniciativa pública en la actividad económica. Sin embargo, como advierte el propio autor, tal interpretación debe ser rechazada, dado que la iniciativa pública en la actividad económica —como actividad meramente patrimonial que es— se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con estricto respecto a la libre concurrencia y a las reglas de la competencia, de manera que las contraprestaciones por los bienes o servicios que constituyen su objeto son *per se* precios privados y de mercado. No hace falta, pues, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración como percepciones de naturaleza tributaria. Consecuentemente, la expresión «en régimen de derecho público» tiene que referirse de manera necesaria a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública. Esta forma de entender la expresión «en régimen de derecho público» es precisamente la que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de septiembre de 2015. Y la misma que se defiende en el voto particular de la sentencia de 23 de noviembre de 2015.

(37) Véase lo dicho en el artículo 9.2 y en la disposición adicional séptima.

se presta en régimen de derecho privado la contraprestación no podrá ser nunca ni una tasa ni un precio público.

En conclusión, según se desprende de todas las normas legales citadas, la tasa deberá imponerse como forma de retribución del servicio público cuando se trate de un servicio coactivo (obligatorio, esencial o monopolizado) que se preste en régimen de derecho público; y por el contrario, cuando el servicio, aun siendo coactivo, se preste en régimen de derecho privado, no habrá ningún inconveniente en exigir una tarifa. Otro planteamiento distinto no responde al tenor de la legislación vigente (38). Por lo demás, la conclusión que acaba de exponerse respeta de forma escrupulosa la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público a la que tanto alude la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos.

La doctrina constitucional ha identificado la noción de prestación patrimonial de carácter público, que queda sometida a reserva relativa de ley (art. 31.3 CE), con la de prestación por servicios coactivos, añadiendo a continuación que para la identificación de tales servicios es absolutamente irrelevante la forma o régimen de prestación. Sin embargo, en ningún momento ha establecido una equiparación entre prestación patrimonial de carácter público y tributo-tasa (39). Así lo deja bien a las claras la sentencia 185/1995, donde se afirma que el concepto de prestación patrimonial de carácter público es más amplio que el de tributo, y en consecuencia que el de tasa. La prestación patrimonial de carácter público alude a un concepto material (servicio coactivo), y de ahí que para el Tribunal Constitucional su definición pueda prescindir del régimen de prestación del servicio (público o privado). En cambio, la noción de tasa es más reducida y se construye precisamente sobre el elemento formal del régimen de prestación de derecho público. Así, si el servicio retribuido no se presta en régimen de derecho público, no habrá necesidad de imponer una

(38) Algunos autores han criticado que la distinción entre tasa y tarifa se articule sobre un elemento esencialmente formal. O mejor dicho, sobre una concepción formalista de la noción de servicio público. Sin embargo, eso no es del todo cierto, como han destacado otros autores. En la primera posición puede citarse C. LÓPEZ GARCÍA (2005: pp. 9-13), que advierte que, más allá de la coincidencia en el supuesto de hecho (recepción de un servicio público en condiciones de coactividad), no existe ninguna otra identidad entre la tasa y la tarifa. Por lo tanto, la divergencia no sólo afecta al régimen de prestación del servicio remunerado, sino que se extiende a todos los restantes aspectos del ingreso: no hay coincidencia ni el elemento subjetivo (sujeto que exige el pago), ni en el régimen jurídico (normas tributarias frente a normas tarifarias), ni tampoco en algo que es tan fundamental como la finalidad (el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica con el fin de allegar fondos a la hacienda para atender a los gastos generales poco tiene que ver con el deber de pago del servicio para asegurar su estabilidad financiera).

(39) Así ya lo advirtió también uno de los primeros autores que centró su atención en el estudio de las prestaciones patrimoniales de carácter público, F. PÉREZ ROYO (1979: pp. 13-49).

tasa. Y sin embargo, si ese mismo servicio resulta coactivo, necesariamente estaremos en presencia de una prestación patrimonial de carácter público (40).

Es cierto que en otra ocasión, en la sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar, en relación a los precios públicos satisfechos por servicios coactivos, que tales ingresos, «en tanto que prestaciones coactivas que se satisfacen a los entes públicos locales con la finalidad de satisfacer los gastos públicos, constituyen materialmente tributos» (41). Sin embargo, tal afirmación en nada se opone a lo que habíamos dicho antes, pues debe observarse que en la sentencia constitucional de 1999 tampoco se establece una equiparación generalizada entre prestación patrimonial de carácter público y tributo, sino que dicha identificación queda limitada a una categoría específica de ingresos: los precios públicos —o sea, ingresos de derecho público— satisfechos por servicios coactivos. Para tales ingresos sí se afirma que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público; y además, que tienen naturaleza tributaria. Nada se dice, por el contrario, de los ingresos de derecho privado, las tarifas, que en su caso podrán ser prestaciones patrimoniales de carácter público, pero que en ningún caso son tributos-tasas (42).

Por lo tanto, se puede afirmar que desde el punto de vista de la doctrina constitucional no hay ningún obstáculo que impida el establecimiento de tarifas por la prestación de servicios públicos coactivos concesionados, o en general prestados en régimen de derecho privado. El único y verdadero límite constitucional, derivado del art. 31.3 CE, es el que se refiere a la aplicación del principio de reserva de ley cuando se trate de prestaciones coactivas (43).

(40) Como ha advertido J. PAGÈS I GALTES (1999: p. 406), se podrá aceptar que las tarifas por servicios coactivos prestados en régimen de derecho privado no sean tributos, pero en todo caso debe aceptarse que se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público, y por lo tanto deben regularse como tales.

(41) La sentencia hace referencia a los precios públicos que definía el artículo 41.B) de la Ley de Haciendas Locales de 1988, en unos términos idénticos (voluntariedad o concurrencia) a los que utilizaría luego la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989. Como se recordará, la sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley, en la medida que no establecía un límite máximo al importe de unos ingresos, los precios públicos del artículo 41.B), que debían considerarse prestaciones patrimoniales de carácter público..

(42) J.I. GOMAR SÁNCHEZ (2002: pp. 66-70), ha señalado, refiriéndose a lo dicho por la sentencia 233/1999, que eso supone afirmar la existencia de una potestad tarifaria «materialmente tributaria». Pero que eso no impide, sin embargo, la existencia a la vez de una potestad tarifaria pura y simple.

(43) Según ha indicado J. TORNOS MAS (2007: pp. 14-18), siempre que exista una prestación económica coactiva, en los términos que lo ha entendido la doctrina constitucional, estaremos en presencia de la noción a la que alude el artículo 31.3 CE, y por lo tanto deberá respetarse la garantía de la reserva de ley. Ahora bien, de ahí no hay que deducir que tasa y tarifa, al poderse subsumir en esa noción, pierdan su distinta naturaleza.

Dicho de otra manera, la Constitución no impone una reserva de tasa para la retribución de los servicios públicos coactivos, lo que significa —como se reconoce en la STC 185/1995— que el legislador dispone de libertad para la definición de las figuras retributivas de tales servicios; sin embargo, la Constitución sí exige que esas figuras, sean cuales sean, se sometan en todo caso a reserva de ley (44).

En resumen, el verdadero alcance de la doctrina constitucional no es el de imponer una determinada opción, tasa-tarifa, en el sistema de financiación de los servicios públicos, sino el de garantizar el principio de reserva de ley cuando la retribución esté vinculada a servicios coactivos. Esta es, en efecto, la única conclusión válida que para las tarifas se puede extraer de la doctrina constitucional, la de entender que no hay ningún impedimento constitucional que se oponga al mantenimiento de la potestad tarifaria en el ámbito de los servicios públicos, siempre y cuando las tarifas que respondan a la noción de prestación coactiva queden sujetas al principio de reserva de ley (45).

Desde esta perspectiva, por último, hay que entender que la operación que llevó a cabo en su momento la Ley 25/1998, al modificar el concepto de tasa recogido en la legislación entonces vigente —Leyes de 1963, 1988 y 1989—, fue impecable, en la medida que resultaba respetuosa tanto con la doctrina sentada por la STC 185/1995 como con la tradición jurisprudencial relativa a la distinción entre potestad tarifaria y potestad tributaria. En la Ley 25/1998 aquella y ésta ni se confunden ni se contraponen, sino que se armonizan de manera perfecta. Y eso es así porque en realidad lo que hizo la mencionada Ley fue incorporar al ámbito objetivo de las tasas todos los precios públicos coactivos, pero sólo los precios públicos, dejando en cambio al margen a los precios privados (46). De esta manera, la nueva definición legal de tasa pasaba a comprender todas las prestaciones coactivas devengadas en régimen de derecho público, en tanto que los precios privados, aun pudiendo ser prestaciones patrimoniales de carácter público, quedaban al margen de los ingresos tributarios. En otras palabras, la nueva

(44) En opinión de F.J. VILLAR ROJAS (2005: pp. 9-13), la Constitución no impone el carácter tributario de la contraprestación de cualquier servicio público, como tampoco exige las tarifas. Lo único que hace la Constitución es imponer una doble garantía, formal (reserva relativa de ley) y material (aplicación de criterios de justicia material) para las prestaciones que merezcan la calificación de prestaciones patrimoniales de carácter público, ya sean tarifas o tributos.

(45) J. TORNOS MAS (2011: pp. 25-27).

(46) No hay que olvidar, según ya hemos destacado en otro momento, que la sentencia constitucional 185/1995 sólo afectó a la definición legal de la figura del precio público, y de ahí, y de forma indirecta, a la noción de tasa (véase lo dicho en el apartado II.2), pero no tuvo ningún impacto sobre la figura de los precios privados, que estaban excluidos de la aplicación de la Ley de 1989.

definición de tasa combinaba en su justa proporción, por un lado, la vertiente material propia de la noción de prestación patrimonial de carácter público, al configurar el hecho imponible por referencia a la prestación de servicios en condiciones de coactividad, y por otro, la vertiente formal característica de la noción clásica de tributo, al exigir que esos servicios se prestaran en régimen de derecho público.

Desafortunadamente la jurisprudencia del momento no hizo esta lectura de la Ley 25/1998, sino que confundida por una interpretación forzada de la sentencia 185/1995 acabó atribuyendo a aquella una voluntad que iba mucho más allá de su letra, con las consecuencias que ya conocemos. En nuestra opinión, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 vuelve a caer ahora en la confusión y en los excesos de esa jurisprudencia en la que se apoya.

4. Prestaciones patrimoniales coactivas, tarifas y servicios liberalizados

En su sentencia de 23 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo nos recuerda que el caso que enjuicia se aparta radicalmente de aquel otro que fue resuelto, apenas dos meses antes, por la sentencia de 28 de septiembre de 2015. En este último supuesto, según ya destacamos anteriormente, se trataba de la prestación de servicios funerarios, esto es, de servicios liberalizados, no reservados en exclusiva a la titularidad de la Administración, y de ahí que la aplicación de la tasa, como medio de retribución del servicio, pudiera excluirse fácilmente, al no tener éste la condición de «servicio público» en sentido estricto.

La argumentación nos puede parecer correcta, pero no es suficiente para dejar sin efecto la crítica al posicionamiento de la sentencia de noviembre de 2015 que antes hemos expuesto.

Es evidente que el legislador, ese mismo del que ha dicho la jurisprudencia que ha querido incorporar al ámbito de las tasas la doctrina de las prestaciones patrimoniales de carácter público, ha condicionado la aplicación-exclusión del concepto de tasa a un primer elemento que es esencialmente formal: la titularidad del servicio retribuido. Así, si el servicio coactivo es público, reservado en exclusiva a la Administración, entonces la contraprestación ha de ser una tasa; por el contrario, si el servicio coactivo no es público, o sea, está abierto a la competencia, entonces la retribución puede adoptar la figura de tarifa. Esto es justamente lo que nos vendría a decir el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de noviembre de 2015 cuando trata de justificar su desvinculación respecto del planteamiento sostenido en la sentencia de 28 de septiembre de 2015. Como decíamos, resulta que el elemento clave que de entrada determina —según se desprende de la sentencia— la puesta en juego

o exclusión de la tasa tiene un carácter puramente formal. Ahora bien, hay que observar que se trata de un elemento que es completamente ajeno a la noción material de prestación patrimonial de carácter público (47). Por consiguiente, se pone de manifiesto con eso que no existe, desde la perspectiva constitucional, ninguna equiparación entre tasa y prestación por servicios coactivos, de tal manera que resulta perfectamente admisible, desde la perspectiva del legislador ordinario, la aplicación de tarifas en aquellos casos en que el servicio, aún siendo público y coactivo, se presta en régimen de derecho privado. Es más, si esa equiparación realmente existiera, impuesta por la Constitución, entonces la consecuencia necesaria sería que también debería atribuirse naturaleza tributaria a las contraprestaciones de aquellos servicios que, aun no siendo públicos ni estar reservados en exclusiva a la Administración, reunieran alguna de las restantes notas de la coactividad, especialmente la relativa a su carácter esencial. Sin embargo, como hemos visto, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 niega que la contraprestación de los servicios liberalizados pueda tener naturaleza tributaria, obviando aquí por completo, curiosamente, cualquier consideración sobre el carácter coactivo o no coactivo del servicio retribuido.

Lo que intentamos explicar tal vez se entienda mejor si lo analizamos desde la óptica de un caso concreto: el de los servicios postales. Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 también declaró la inconstitucionalidad de aquella parte de la Ley de 1989 [art. 24.1.c)] que definía como precios públicos los ingresos derivados de la prestación del servicio público postal, al considerar que tal servicio tenía carácter coactivo (48). Sin embargo, como igualmente es sabido, hoy en día los servicios postales se definen como «servicios de interés económico general que se prestan en

(47) Según la doctrina constitucional, el régimen de prestación del servicio es indiferente a la hora de calificar o no la retribución del mismo como prestación patrimonial de carácter público. E incluso más: la noción de prestación coactiva es absolutamente independiente de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica de la cual deriva la obligación de pago. Y así, el Tribunal Constitucional (sentencia 182/1997) ha calificado como prestación patrimonial de carácter público las cantidades que el empresario debe abonar al trabajador en determinados supuestos de incapacidad laboral transitoria. Sobre esta cuestión, véase J.I. MORENO FERNÁNDEZ (2005: p. 347).

(48) Según la redacción originaria de la Ley de 1989, se consideraban precios públicos las contraprestaciones satisfechas por «las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas por los servicios públicos postales». Según la STC 185/1995, «la práctica totalidad de los servicios públicos postales deben calificarse hoy en España como servicios irrenunciables o imprescindibles que además, en muchos casos, continúan siendo prestados por el Estado en posición de monopolio. Por ello debe concluirse que las prestaciones pecuniarias derivadas de esos servicios son verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas al principio de legalidad».

régimen de competencia» (49). Así pues, la primera pregunta que debemos formularnos es la siguiente: en las condiciones actuales, ¿es posible pensar que los servicios postales siguen siendo servicios coactivos cuya retribución ha de ser calificada como prestación patrimonial de carácter público? Si la respuesta fuera negativa, eso pondría de manifiesto la volatilidad del concepto de prestación coactiva, pues dependiendo de la decisión de liberalizar o no el servicio la contraprestación merecería o no merecería el calificativo de prestación patrimonial de carácter público. Además, se entraría así en contradicción con lo dicho por el Tribunal Constitucional, que ha configurado la prestación coactiva como un concepto material que no obedece únicamente a la existencia de una situación de monopolio y que admite su aplicación en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados. Cabe pensar, pues, que la respuesta debería seguir siendo afirmativa, lo que demuestra entonces, como acabamos de señalar, que las prestaciones coactivas pueden actuar perfectamente en la esfera de los servicios prestados por particulares en un mercado abierto.

Llegados a este punto, surge una segunda pregunta que también deberíamos formularnos, y que sin duda es la más importante: esa prestación coactiva a la que antes hemos aludido, ¿constituye una tasa? Si contestamos afirmativamente, entendiendo que toda prestación económica por servicios coactivos ha de ser una tasa, entonces no existiría ninguna razón que justificaría la posición defendida por la sentencia de 23 de noviembre de 2015 en relación a los servicios funerarios: también estos servicios deberían retribuirse mediante tasa, pues se trata de servicios esenciales, o sea, coactivos. Por el contrario, si la respuesta es negativa, como entendemos que ha de serlo, y así también lo entiende la sentencia de noviembre de 2015, entonces queda demostrado que la noción de tasa no coincide con la de prestación coactiva. O lo que es lo mismo, habrá que admitir que existen prestaciones económicas por servicios que, aun siendo coactivas, en los términos de la noción constitucional, no son tasas, en los términos de la legislación ordinaria. Y no lo son porque: i) o bien falta el elemento formal impuesto por la ley consistente en la titularidad pública del servicio; ii) o bien falta, en otro caso, el elemento formal impuesto por la ley consistente en el régimen público de prestación del servicio.

Desde esta perspectiva, pues, no podemos compartir la posición mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015. A nuestro juicio, resulta contradictorio que ésta atribuya plena virtualidad al primer elemento (titularidad del servicio), al efecto de excluir la aplicación de

(49) Artículo 2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que ha derogado y sustituido a la anterior Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales.

la tasa en los servicios funerarios, y sin embargo la niegue completamente al segundo (régimen de prestación), imponiendo en consecuencia la tasa para los servicios concesionados. Recordemos ahora una vez más que la doctrina constitucional ha afirmado la irrelevancia del régimen de prestación del servicio únicamente en relación a la definición del concepto de prestación coactiva. Y como ya hemos visto, ese concepto no coincide con el de tasa. Así pues, en conclusión, las mismas razones, de orden legal, que llevan a excluir las tasas para la remuneración de servicios —constitucionalmente coactivos— prestados en régimen de concurrencia, son las que permiten admitir las tarifas para la retribución de servicios —constitucionalmente coactivos— prestados en régimen de derecho privado.

V. EPILOGO

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 ha vuelto a poner en primera línea el viejo debate sobre la correcta calificación de los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos en régimen de concesión, o en general en régimen de derecho privado. La sentencia citada ha abierto un horizonte de incerteza respecto a la clásica alternativa entre tasas y tarifas, apartándose de la línea jurisprudencial más tradicional. Sin embargo, como hemos tratado de exponer, no creemos que la posición mantenida en la referida sentencia responda a la realidad de nuestra legislación, ni tampoco se ajuste adecuadamente a la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público que en ella se invoca. Por esto, no creemos tampoco que existan razones que obliguen en lo sucesivo a seguir en la senda abierta por la sentencia de noviembre de 2015, sino todo lo contrario, es decir, cabe esperar —y existen motivos suficientes que lo justificarían— que en los pronunciamientos futuros el Tribunal Supremo vuelva a retomar la dirección de los planteamientos que han admitido el juego de las tarifas como forma de retribución de los servicios públicos concesionados o prestados mediante personificaciones jurídico-privadas.

No obstante lo anterior, no podemos desconocer que los cambios de criterio que ha experimentado la jurisprudencia a lo largo del tiempo han venido favorecidos muchas veces por una legislación que no ha sido todo lo clara y precisa que podía esperarse y que hubiera sido conveniente. En este sentido, pues, sería deseable que se introdujeran en nuestro ordenamiento jurídico las necesarias reformas legales —del estilo de las propuestas en las enmiendas a la Ley de Economía Sostenible— que dejaran bien sentada, sin lugar a ninguna duda interpretativa, la exclusión de los ingresos de naturaleza tributaria, en concreto las tasa, de la esfera de los servicios públicos gestionados en régimen de concesión administrativa u otras fórmulas de derecho privado.

Por último, de la misma forma que es erróneo pretender que existe una equiparación absoluta entre tasa y prestación por servicios públicos coactivos, también sería erróneo pensar que la doctrina constitucional relativa a las prestaciones patrimoniales de carácter público no ha tenido ningún impacto sobre los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos concesionados. Se podrá decir, como aquí lo hemos defendido, que tales ingresos no han de tener naturaleza tributaria. Ahora bien, lo que no se puede decir es que dichos ingresos no puedan responder a la noción de prestación coactiva. Por consiguiente, cuando eso suceda así, esos ingresos, sin dejar de ser tarifas, esto es, ingresos de derecho privado, sí deberán sujetarse necesariamente a las exigencias del principio de reserva de ley.

En nuestra opinión, esta última proposición del discurso, ya admitida por la doctrina, es la que falta por reconocerse de manera abierta y explícita en los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia y en la redacción de nuestros textos legales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUALLO AVILÉS, Ángel (1992): *Tasas y precios públicos*, Valladolid, Lex Nova, Valladolid, 1992, 410 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1976): *Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 717 pp.
- ESCUÍN PALOP, Vicente (2012): «Naturaleza de la contraprestación recibida por los gestores indirectos del servicio domiciliario de agua potable», en *Revista de Estudios Locales COSITAL*, núm. 114, pp. 20-33.
- FALCON Y TELLA, Ramón (2011): «¿Tasas o tarifas?: la supresión del párrafo segundo del art. 2.2.a) LGT», en *Quincena Fiscal*, núm. 7, pp. 7-13
- (2016): «La contraprestación del servicio público de abastecimiento de agua: SSTS de 23 y 24 de noviembre de 2015», en *Quincena Fiscal*, núm. 7, pp. 13-20.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2012): «Naturaleza jurídica de la contraprestación en las formas de gestión indirecta de los servicios públicos», en VV.AA., *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*, Fundación Agbar, Barcelona, 337 pp.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, Manuela (1996): «Precios públicos y reserva de ley. Comentario a la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 243, pp. 1-10.
- GOMAR SÁNCHEZ, Juan Ignacio (2002): «Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria», en *Crónica Tributaria*, núm. 103, pp. 59-76.

- GUERRERO MUÑOZ, María Dolores (2012): «La naturaleza de la contraprestación exigida en la prestación del servicio domiciliario de agua potable a debate», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 21, pp. 2441-2451.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael (2011): «Tasas, precios y tarifas. Sobre la disposición final quincuagésima octava de la ley de economía sostenible», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22, pp. 72-79.
- LÓPEZ GARCÍA, Casimiro (2005): «La contraprestación de los servicios públicos obligatorios por gestión indirecta», en *Tributos Locales*, núm. 54, pp. 9-34.
- LOZANO SERRANO, Carmelo (1998): «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, pp. 25-52.
- MARTÍN MERNÁNDEZ, Francisco Javier (1995): *Tasas y precios públicos en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 297 pp.
- MARTÍN SÁNCHEZ, César (2013): «La irrelevancia tributaria de la forma de gestión del servicio: una refutación de la potestad tarifaria», en *Tributos Locales*, núm. 112, pp. 89-103.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio (2005): «Tasas y precios públicos: algunas consideraciones a la luz de la doctrina constitucional», en VV. AA., *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma* (Coord. Manuel Medina Guerrero), Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 339-381.
- PAGÈS I GALTÉS, Joan (1999): «Las tarifas de los servicios prestados en régimen de derecho privado. Su consideración como tasas, precios públicos o precios privados», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 252, pp. 359-408.
- (2011): «El régimen jurídico público del servicio como criterio delimitador de las tasas tras la Ley de Economía Sostenible de 2011», en *Tributos Locales*, núm. 100, pp. 67-104.
- PERDIGÓ I SOLÀ, Joan (1996): «Las tarifas de los servicios públicos locales: tasas y precios. Incidencia de la STC 185/1995», en *Autonomies*, núm. 21, pp. 423-458.
- PÉREZ ROYO, Fernando (1979): «Las fuentes del derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional», VV. AA., *Hacienda y Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 13-49.
- RAMALLO MASSANET, Juan (1996): «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, pp. 237-274.
- TORNOS MAS, Joaquín (2011): «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios. Una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, pp. 22-29.

- (2009): «Regulación de precios y tarifas», en VV. AA., *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (Dir. Muñoz Machado y Esteve Pardo), Madrid, Iustel, pp. 537-575.
 - (1994): «Potestad tarifaria y política de precios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 77-102.
 - (2007): «Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, pp. 7-20.
- TRIAS PRATS, Bartomeu (2011): *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Madrid, Iustel, Madrid, 600 pp.
- VILLAR ROJAS, Francisco Javier (2005): «Dictamen sobre el concepto de tasa en la nueva Ley General Tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio público municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable», en *Quincena Fiscal*, núm. 10, pp. 37-48.