

## 2 La competencia jurisdiccional en relación con el cobro de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias\*)

Jurisdiction on the collection of what nowadays are regarded as “non-taxable public property benefits”

**ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED**

*Catedrático de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Zaragoza*

**ISSN 0210-8453**

**Revista española de Derecho Financiero 187**  
**Julio - Septiembre 2020**

### **Sumario:**

- I. Contraprestaciones por servicios públicos o actividades administrativas obligatorios o monopolizados prestados mediante empresas públicas o concesionarias de servicios antes y después de la LCSP de 2017
- II. La competencia jurisdiccional respecto del cobro de exacciones remuneradoras de un servicio público cuando las pretende exigir quien no es una Administración pública «strictu sensu»
  - 1. Consideraciones generales
  - 2. El planteamiento procesal del problema de la competencia o incompetencia de la jurisdicción civil
- III. Un intento de recopilar, ordenar y sistematizar el contenido de las decisiones adoptadas por jueces y tribunales
  - 1. Demandas civiles planteadas respecto de la facturación a los usuarios realizada por empresas adjudicatarias de un contrato de gestión de servicios públicos
    - 1.1. Demandas interpuestas inicialmente por la propia gestora con el fin de reclamar la cantidad debida y, en su caso, los ulteriores recursos
    - 1.2. Demandas interpuestas inicialmente por el usuario que ha pagado, sea cual sea su pretensión
  - 2. Demandas civiles iniciadas por sociedades públicas gestoras reclamando del usuario la cantidad debida
  - 3. El asunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa
  - 4. Revisión de la sala de conflictos de competencia del TS
- IV. Criterios para resolver el problema de la jurisdicción en la legalidad anterior a la entrada en vigor de la LCSP
  - 1. En lo que concierne al cobro de tasas, ¿pretender algo relativo a un tributo es por definición y sin matices una cuestión “de Derecho administrativo”?

- 1.1. Aproximación inicial
  - 1.2. La reinterpretación de la naturaleza formal de la exacción como razón de la decisión
  - 2. ¿Es importante el hecho de que la gestora sea una sociedad de capital público y no una concesionaria?
  - 3. Las características de la actuación llevada a cabo: sujeción al Derecho administrativo, ejecutando las potestades administrativas conferidas
    - 3.1. Aproximación general
    - 3.2. Demandas inicialmente formuladas por los usuarios y reclamaciones de cantidad efectuadas por las gestoras: ¿la distinción es un elemento relevante?
  - 4. Recapitulación
- V. La situación tras la entrada en vigor de la LCSP
1. Las tarifas de las empresas públicas o concesionarias en el marco de la nueva legalidad
  2. La atribución a la jurisdicción civil de la cuestión señalada en el inciso c) del apartado 2 del artículo 27 de la LCSP
  3. Posible aplicación del artículo 27.2.c) de la LCSP a las sociedades públicas
  4. Prestaciones patrimoniales coactivas exigidas a los usuarios con alguna variación circunstancial que nos aparte o nos pueda apartar de los esquemas examinados
- VI. Conclusiones
- VII. Nota de bibliografía

**RESUMEN:** El presente trabajo trata de clarificar la competencia jurisdiccional –civil o contencioso-administrativa- en relación con las cuestiones litigiosas propias de los pagos que los usuarios deben efectuar a empresas públicas o concesionarias. Con anterioridad a la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 había un fuerte caos, que se relacionaba también con las dificultades para determinar la naturaleza de la prestación. Se estudia la situación bajo aquella legalidad y también lo que resulta bajo la cobertura de la nueva ley

**ABSTRACT:** This paper aims to shed light on the determination of jurisdiction – whether civil or contentious-administrative- in relation to those claims on payments made to public companies or concessionaires by their users. Prior to the 2017 Public Sector Contracts Law, there was heavy uncertainty also related to the difficulties found in determining the nature of the undertaking (tax or tariff). These issues are examined under the preexisting statutory frame and also under the provisions set by the new Act.

**PALABRAS CLAVE:** Competencia jurisdiccional - Imposición - Tasas - Tarifas - Empresas públicas - Empresas concesionarias

**KEYWORDS:** Jurisdictional competence - Taxation - Charges - Fees - Public companies - Concessionaries

**Fecha recepción original:** 27 de Marzo de 2020

**Fecha aceptación:** 24 de Mayo de 2020

## I. CONTRAPRESTACIONES POR SERVICIOS PÚBLICOS O ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS OBLIGATORIOS O MONOPOLIZADOS PRESTADOS MEDIANTE EMPRESAS PÚBLICAS O CONCESIONARIAS DE SERVICIOS ANTES Y DESPUÉS DE LA LCSP DE 2017

La tasa, en nuestra tradición, era la figura que procuraba el sostenimiento de los servicios y actividades que realizaban las autoridades en régimen de Derecho público, cuyos costes resultaban repartibles entre los usuarios y además había voluntad política de hacerlo. La tasa también era la categoría escogida para gravar a quien utilizase de manera privativa o aprovechase de modo especial el dominio público. Unas y otras son tributos y como tales sometidos a las reglas constitucionales y legales que enmarcan la imposición y ordenación, aplicación, potestad sancionadora y revisión de los tributos.

La reforma del régimen de las tasas que se implantó en los años 1988 y 1989 condujo a que los servicios y actividades por los que se estaban exigiendo tasas, a partir de entonces, en unos casos se retribuyesen mediante tasas y en otros mediante precios públicos.

La legislación del final de los ochenta sufrió la acometida de la STC 185/1995, de 14 de diciembre<sup>1</sup>).

En ese contexto se comenzó a cuestionar la legalidad de lo que con frecuencia venían abonando los usuarios por servicios de estas características, en los casos en los que la gestión del servicio público se realizase por gestión indirecta, fundamentalmente mediante concesión, o por gestión directa, a través de empresas públicas. Esos pagos respondían a la denominación de “tarifas” y bien que mal venían a aplicarse más como una relación de Derecho privado que de Derecho público.

En la LGT de 2003 (sería ya la Ley 58/2003, de 17 de diciembre) pudimos leer como a un concepto de tasa de inicio continuista (presupuesto: la prestación de servicios o la utilización del dominio público) se le añadió un párrafo cuya redacción era rotunda: si se dan los presupuestos de monopolio u obligatoriedad, debe ser una tasa el instrumento financiero que se exija al usuario al que se le pretende repercutir el coste del servicio o actividad, aunque la gestora del servicio sea una sociedad pública o mixta o una concesionaria y perciba el importe del usuario.

Tanto en el contexto anterior como posterior a la LGT de 2003, dijera lo que dijera la Ley, convivieron tasas con tarifas; ahora bien, el TS procedió a anular algunas prestaciones exigibles a los usuarios en el marco referido de coactividad debido a que no se ordenado como tasas.

El caso es que en marzo de 2011 se daría un nuevo volantazo al aprobarse la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Su disposición final 58.<sup>a</sup> ordenaba la supresión del párrafo mencionado.

Con esa modificación pretendió sofocarse la alarma denunciada por empresas concesionarias y también públicas que gestionaban los servicios cuya remuneración entroncaba con la coactividad. No es que luego se produjeran muchos movimientos y más o menos cada cual se mantuvo en sus tradiciones, pero alguna cosa hubo –por ejemplo, en mi ciudad, Zaragoza, se dejó de pagar una tasa por la depuración y se pasó a pagar una tarifa–. Sucedió no obstante que la doctrina fijada por el TS en el año 2015, mediante dos sentencias del mes de noviembre, de fechas 23 y 24 de dicho mes<sup>2</sup>) llenó de nuevo de incertidumbres a los sectores involucrados, afirmando que en realidad nada o poco había cambiado con la reforma de 2011. Era algo si no previsible, sí posible –y avisado–, dada la deplorable técnica que empleó el legislador de 2011.

Esa situación quiso ser aliviada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>3</sup>). Las disposiciones adicionales 43.<sup>a</sup> y finales 9.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> de esta Ley introducen importantes novedades en el ámbito de las tasas, precios y tarifas; las finales modifican, en ese orden, la LTPP, la LGT y el TRLHL. Es más que conocida la regulación legal de esas “prestaciones patrimoniales de carácter público” a las que se refiere nuestro texto constitucional, previendo la dupla de prestaciones *tributarias* y también *no tributarias*<sup>4</sup>).

En la legalidad o mejor en las legalidades vigentes antes de la LCSP de 2017 el desorden era manifiesto. En la práctica los operadores veían conformada la prestación unas veces como tasa y otras como algo distinto (tarifa, precio), concurriendo exactamente las mismas circunstancias. La adaptación a la LCSP, por muy claros que parezcan sus contenidos –que a muchos autores no se lo parecen–, va despacio. Dejando al margen lo correspondiente a los niveles estatal y autonómico –que por mil razones no es tan relevante– he tenido ocasión de seguir y perseguir las aprobaciones de ordenanzas de estas prestaciones no tributarias. Se encuentra mucha materia, claro que sí<sup>5</sup>). Pero se tiene la sensación de que el volumen de información debiera ser apabullante y en cambio se percibe que en muchos ámbitos que son objeto natural de la reconsideración de las exacciones (ciclo del agua y basuras) con frecuencia se han mantenido las tarifas tal y como estaban o se siguen cobrando tasas –salvo lo que veamos al final de este trabajo, planteamiento que no parece acorde con el cambio legal–.

Dicho esto, quiero plantear el objeto del presente artículo.

Se trata de analizar, desde la perspectiva del usuario, si una actuación realizada por una empresa pública o concesionaria, la que materialmente liquida la exacción o la que pretenda cobrarla, en el caso de estar disconforme con ella, debe recurrirse de manera que acabe antes o después ante la jurisdicción contencioso-administrativa o llevarse ante la jurisdicción civil. Y también, ahora desde la perspectiva de la empresa que pretende la satisfacción de su crédito, si esta tiene que seguir algún procedimiento autotutelado, como el administrativo de apremio, o si la reclamación la debe instrumentar ante la jurisdicción civil.

Si bien es un asunto que tiene sus aristas –sobre todo a la vista de algunas declaraciones judiciales del orden contencioso-administrativo–, la sala de lo civil del TS (sentencia del TS de 9 de febrero de 20076) hablaba sin ambages de las “liquidaciones” de tasas efectuadas por quien no tiene la condición de administración pública (en el caso de autos, la empresa mixta EMALGESA, Aguas de Algeciras), que “*no se hacen con los formulismos que exige la LGT, pero ello no cambia en absoluto su naturaleza y hemos de poner de relieve que no existe ningún inconveniente en nuestro ordenamiento jurídico para que las empresas concesionarias, o las empresas mixtas, liquiden las tasas correspondientes a los servicios que prestan*”. Incluso podríamos hablar de actos ejecutivos, a la vista de un precepto de vigencia controvertida (cuestión en la que no entrará), como es el artículo 128.4 del RSCL7).

Los párrafos anteriores se han referido, a la par, a temas propios de los cobros a realizar por empresas públicas y a otros de empresas mixtas o privadas a través de las cuales se estén prestando servicios públicos, mediante concesión de servicios.

Y es que la problemática referida a las tasas, precios y tarifas, en cuanto a los dos entornos, ha ido en paralelo desde el principio. De hecho cuando la jurisprudencia del TS se plantea cuestiones diversas sobre las contraprestaciones a pagar a unas y a otras suele emplear criterios similares. Aparte de todo ello, los asuntos referidos a la competencia jurisdiccional –civil o contencioso-administrativa–, al menos con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, nos son útiles sea cual sea la característica de la entidad afectada. No en vano vamos a ver cómo se enlazan los argumentos referidos a unas y otras y cómo tienen mucho que ver las lagunas legales que tratan de ser mutuamente suplidadas.

La reforma llevada a cabo por la LCSP hermana algo más ambas situaciones, cubiertas bajo esta figura definida en su adicional 43.<sup>a</sup>; pero lo hace dejando no pocos flecos. Puede considerarse que el título del trabajo quiere aprovecharse de un tema de moda cuando el objeto va a ser, sin más, la competencia jurisdiccional en el caso de litigios relacionados con las contraprestaciones económicas que corresponden a sociedades públicas o empresas concesionarias: no ha de negarse, pues el trabajo no trata de la competencia jurisdiccional en relación con las prestaciones patrimoniales de carácter público *en general*, y no se interesa por las prestaciones patrimoniales de carácter público que se efectúen directamente a las Administraciones públicas, que también las hay.

Ahora estas contraprestaciones se definen como prestaciones patrimoniales de carácter público, pero el tema a desarrollar era un viejo tema; un tema a recuperar precisamente pensando en si la reforma de la LCSP, con sus luces y sus sombras, puede contribuir a resolver una cuestión cuya observación no deja en buen lugar al Estado, a ninguno de los poderes del Estado.

Probablemente se haya acometido el análisis con la disciplina de quien excava una trinchera infinita sin preocuparse de las razones últimas. Acabada la primera versión de este artículo, conversando con la persona que entre la gente más próxima ejerce magisterio sobre nosotros he terminado calibrando la honda insatisfacción que me ha producido, ¿cómo es posible haber dedicado semejante esfuerzo; cómo es posible que se hayan sucedido centenares de litigios en relación con algo que podría –debería– estar solucionado por el legislador con no mucho más de dos líneas?

Así son las cosas, y la conclusión previa es que esto abona la mirada peyorativa que con frecuencia se tiene sobre el jurista.

## **II. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL RESPECTO DEL COBRO DE EXACCIONES REMUNERADORAS DE UN SERVICIO PÚBLICO CUANDO LAS PRETENDE EXIGIR QUIEN NO ES UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA «*STRICTU SENSU*»**

Como se ha adelantado, el tema que ocupa al presente trabajo es el indicado en la rúbrica del epígrafe,

vinculándose la controversia al cobro bien pretendido por una sociedad perteneciente a una Administración pública o bien por la adjudicataria del contrato de concesión de servicio público.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La LOPJ dice lo siguiente en su artículo 9 (se extrae lo necesario):

“2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

(...)

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo (...) de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. (...)

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

A eso se añade lo señalado por la LJ (artículo 1.1.), según la cual los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo. Definiendo a continuación qué se entiende por Administraciones públicas, siéndolo, aparte de las territoriales, las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

Esas entidades son los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, en función de lo dispuesto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre; y sus equivalentes en los ámbitos autonómico y local. Hasta aquí, no habría dudas respecto de la potencialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto en cuanto se trate de actuaciones sujetas al Derecho administrativo, lo que en principio resulta del artículo 2.2.a) de las respectivas leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre.

Obsérvese que las sociedades de capital participadas íntegramente por las Administraciones públicas no se incluyen en la enumeración de entidades que se entienden Administraciones públicas a los efectos de la LJ. Poco o nada que decir respecto de sociedades mixtas o privadas, adjudicatarias de un contrato de concesión.

El artículo 2 de la LJ enumera los que denomina actos objeto de control, y previene que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con ellos. Conviene reproducir y tener presente al menos los incisos b) a f) del precepto:

- a) “(...) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.
- b) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.
- c) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.
- d) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante

los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

- e) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley".

Aparte de otras cuestiones, la disposición plantea cómo proceder judicialmente contra lo que algunos autores llaman los vicarios de las Administraciones públicas, desde el momento en que sus actos se configuren como actuación administrativa. En ese sentido se podría advertir la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con “*los (actos) dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente8)*”.

La regla según la cual la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente en relación con los actos dictados por los concesionarios que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos sería mera especificación de un principio según el cual este orden es competente respecto de aquellos casos en los que la realización de una función administrativa se encomienda a quien no se integra en la Administración pública, pero realiza una función administrativa. Ello permitiría extender la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a determinadas actuaciones de, por ejemplo, las sociedades públicas (la doctrina, en realidad, se muestra sorprendida ante el hecho de que la LJ haya incluido a los concesionarios en su ámbito de aplicación y, sin embargo, excluye y oculta a las sociedades mercantiles de capital público<sup>9</sup>)).

En este artículo 2 de la LJ se habla también de las Corporaciones de Derecho público [letra c)]. No eran otras que las representativas de intereses económicos o profesionales, en los términos de la vieja LRJPAC, por lo que ningún interés tienen para lo que nos afecta. Desde luego, nada que ver con el llamado sector público institucional, comprensivo de entidades de derecho público –antes mencionadas desde la perspectiva de la LJ– y también de derecho privado.

Sin predeterminar nada, este trabajo arranca con una primera dificultad para aceptar que la jurisdicción contencioso-administrativa sea el lugar natural para residenciar los asuntos relativos a quienes no son Administraciones públicas –las sociedades públicas o los concesionarios–, excepto en los casos en que la LJ u otras disposiciones aboguen por la unidad de jurisdicción (por ejemplo, responsabilidad patrimonial). De aceptarlo, para subvertir la competencia primaria de la jurisdicción ordinaria habrá que contrastar que la actuación está investida de las prerrogativas propias del Derecho administrativo. Dicho de otra manera, que la actuación se halle sujeta al Derecho administrativo.

## 2. EL PLANTEAMIENTO PROCESAL DEL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA O INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Probablemente no habrán faltado usuarios a los que en el marco de las relaciones con concesionarias de servicios o con empresas públicas se encuentren con que, ante la falta de pago en un determinado plazo, se les comunicó el despacho del apremio. Quizá presentaran una reclamación o recurso en la que pusieron de manifiesto que lo que procedía en estas circunstancias no era el apremio, sino una demanda civil. Sin descartar nada, a través del trabajo de campo realizado, no se han podido localizar litigios relacionados con algo así. De la misma manera que sin plantearse problemas de impago el usuario pudo estudiar cómo afrontar las discrepancias con lo facturado –esto ya parece más próximo a la realidad actual–.

Al menos en el plano procesal, no nos interesa tanto cómo haya o hubieran proseguido la defensa de sus intereses estos imaginarios usuarios y, en su caso, si se les había ocurrido formular una demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa con fundamentos tendentes a que, si se les diera la razón, el juzgado o tribunal estuviera reconociendo de manera implícita que se trataba de una cuestión de fondo ajena a lo contencioso-administrativo. Lo que nos interesa, por el contrario, es, en el marco de un proceso civil en el que se reclama una cantidad –pensemos en un proceso monitorio– la reacción del demandado que considera la falta de competencia de la jurisdicción civil o simplemente lo que de oficio señale el juez. Y, por su puesto, qué recursos se pueden plantear, en sentidos diferentes, se haya declarado el juez incompetente o haya entrado en el fondo de la reclamación –por ejemplo, estimando la demanda–.

A tal fin conviene señalar diversos preceptos de la LEC, comenzando por el artículo 37 (Falta de jurisdicción. Abstención de los tribunales civiles), que, en el apartado 2 dice que “Se abstendrán igualmente de conocer los tribunales civiles cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden

jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria”.

El artículo 38 de la referida LEC indica que la abstención se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.

Bien es cierto que la denuncia de falta de jurisdicción también la puede solicitar el demandado, mediante la llamada declinatoria. El artículo 64 dispone cuál es el momento procesal de proposición de la declinatoria y cuáles son sus efectos inmediatos.

La tramitación y decisión de la declinatoria se regulan en el artículo 65 de la LEC10).

El artículo 66 y siguientes de la LEC regulan los recursos en materia de jurisdicción11).

Finalmente, y sin pretender dar a este asunto relevancia excesiva, téngase en cuenta que pueden producirse conflictos de competencia entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial. Que los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal. Y que se resolverán por una Sala especial del TS (artículos 42 y ss. LOPJ)12).

### **III. UN INTENTO DE RECOPILAR, ORDENAR Y SISTEMATIZAR EL CONTENIDO DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR JUECES Y TRIBUNALES**

Se han buscado sentencias y autos judiciales que se hubieran pronunciado de manera explícita o implícita sobre el tema objeto de este trabajo. Adviértase que conciernen a la situación inmediatamente anterior a la vigencia de la LCSP, sin perjuicio de la valoración sobre su vigencia que se pueda efectuar después.

Se van a separar las decisiones que provengan de las respectivas jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. En cuanto a las primeras, muy numerosas, se diferencia, de una parte, lo que corresponde a lo exigido por empresas gestoras de un contrato de gestión de servicios públicos (normalmente concesionarias) y, de otra, por sociedades a las que se les haya encargado la prestación, que resulten personificaciones de las administraciones públicas titulares del servicio.

En el campo de la jurisdicción civil se han tratado de separar los casos iniciados por la prestadora del servicio de los iniciados por el usuario, discuta este lo que discuta. Y se ha tratado de señalar cuándo la exacción había sido ordenada formalmente como una tasa y cuándo no13).

#### **1. DEMANDAS CIVILES PLANTEADAS RESPECTO DE LA FACTURACIÓN A LOS USUARIOS REALIZADA POR EMPRESAS ADJUDICATARIAS DE UN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Los casos que se pueden adscribir a la rúbrica de este epígrafe se clasifican distinguiendo las demandas interpuestas inicialmente por la propia gestora, con el fin de reclamar la cantidad debida de las interpuestas por usuarios disconformes con el pago que se les pretendía exigir.

En ambas situaciones se observan casos en los que la prestación se había conformado como tasa y casos en los que no. En cualquier caso, aunque se trate de tasas, son de situaciones en las que bien el cobro lo pretende la gestora o bien ha facturado o liquidado o cobrado y es el usuario el que lo discute. Esta es una realidad que, por mucho que nos podamos empeñar en que no sea la más correcta, se ha dado –recuérdese lo que dijo la sala de lo civil del TS–14).

##### **1.1. Demandas interpuestas inicialmente por la propia gestora con el fin de reclamar la cantidad debida y, en su caso, los ulteriores recursos**

Veremos, primero, casos en los que se reclamaba el cobro de tasas y, segundo, casos en los que la prestación estaba conformada de otro modo.

Comenzando por casos de reclamación de cantidades que se corresponden con lo que formalmente se ordenó como una tasa el parecer de los tribunales es discrepante. En unos casos asumirán la competencia; en otros la

declinarán.

Se asume la competencia de la jurisdicción civil en ciertas resoluciones judiciales provenientes de las Audiencias Provinciales de A Coruña15), Cádiz16), Jaén17), Las Palmas18), León19), Madrid20), Málaga21) y Soria22).

Por el contrario, se declina la competencia de la jurisdicción civil en ciertas resoluciones judiciales provenientes de las Audiencias Provinciales de Jaén23), León24), y Santa Cruz de Tenerife25). Pongo de manifiesto lo contradictorio de algunas de las resoluciones de las AP de Jaén y León.

Tratándose de exacciones que respondían a una naturaleza formal diferente de la tributaria, en general, las resoluciones judiciales localizadas consideraban la competencia de la jurisdicción civil. Se trata de resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales de Alicante26), Almería27), Ávila28), Baleares29), Barcelona30), Granada31), Las Palmas32), Madrid33), Santa Cruz de Tenerife34) o Valencia35).

A diferencia de lo que sucede en casos de tasas, el orden jurisdiccional competente no suele ser cuestionado ni por las partes ni de oficio, por lo que no forma parte del debate.

En cierto modo se había situado fuera de este contexto la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de julio de 201536), derivada de un inicial monitorio interpuesto por la concesionaria EMMASA, desestimado por el juzgado por razones diferentes. La apelación de la gestora genera una lectura que, como poco, ofreció contradicciones, y así se narra en una sentencia posterior, cuando se refiere al análisis de la jurisdicción competente en esta clase de reclamaciones: *“cuestión que ha sido resuelta de diferente manera en el seno de esta Audiencia. Esa diferencia motivó una reunión en junta no jurisdiccional de los Magistrados de esta Audiencia (...) en la que se acordó (...) mantener que la competencia corresponde a esta jurisdicción ordinaria”*.

Finalmente se comenta el caso resuelto por la AP de Cádiz, mediante auto de 18 de abril de 201837). Se trataba de las tarifas por adjudicación de puestos o módulos en mercado municipal central de abastecimiento que pretendía cobrar la entidad Mercajerez, sociedad anónima de capital mayoritariamente municipal, pero con una fuerte participación privada (49%). Al entender del tribunal, el contrato de adjudicación celebrado entre los litigantes es de naturaleza administrativa, por lo que debe sujetarse en sus efectos y extinción a lo dispuesto en dicha normativa. De ello concluye que el contenido económico nacido de los derechos de uso, explotación y cesión presentan naturaleza administrativa. En definitiva, que la actora es una sociedad anónima con capital público mayoritario, assimilada a la administración y en función de la LJ se entiende por Administraciones públicas entre otras a las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las CCAA o las entidades locales.

## **1.2. Demandas interpuestas inicialmente por el usuario que ha pagado, sea cual sea su pretensión**

En los casos de demandas interpuestas inicialmente por el usuario que ha pagado lo que formalmente se ordenó como una tasa también se aprecian discrepancias en el parecer de los tribunales.

Se asume la competencia de la jurisdicción civil en algunas resoluciones judiciales provenientes de las Audiencias Provinciales de A Coruña38), Málaga39) y Toledo40).

Por el contrario, se declina la competencia de la jurisdicción civil en ciertas resoluciones judiciales provenientes de la AP de Cádiz y del TS, confirmando lo que dijera aquella.

El caso finalizó su periplo judicial con la sentencia del TS de 9 de febrero de 200741), antes ya reseñada. El usuario interpondría una demanda ante el juzgado solicitando la devolución de lo ingresado en concepto derechos de acometida cobrados por la empresa mixta EMALGESA, sobre la base de contratos de adscripción de las acometidas de agua suscritos por el usuario y la misma. Habiéndose estimado la demanda por el juzgado, fue la AP de Cádiz la que, a su vez, estimó la apelación deducida por EMALGESA, la inicialmente demandada, considerando la incompetencia de la jurisdicción civil (sentencia de fecha 7 de marzo de 2000, citada por la del TS).

Tratándose de exacciones que respondían a una naturaleza formal diferente de la tributaria, las únicas resoluciones judiciales localizadas afirman la competencia de la jurisdicción civil. Se trata de dos resoluciones dictadas por las AP de Las Palmas42).

## **2. DEMANDAS CIVILES INICIADAS POR SOCIEDADES PÚBLICAS GESTORAS RECLAMANDO DEL USUARIO LA CANTIDAD DEBIDA**

Todos los casos localizados se refieren a demandas interpuestas inicialmente por la propia empresa pública con el fin de reclamar la cantidad debida. Y en todos los casos la empresa pública es una sociedad mercantil.

A veces la prestación se había conformado como tasa y otras no.

En el caso de reclamación de cantidades que se corresponden con lo que formalmente se ordenó como una tasa el parecer de los tribunales volverá a ser discrepante.

Se asume la competencia de la jurisdicción civil en ciertas resoluciones de la AP de Málaga.

La sentencia de este tribunal de 23 de abril de 200143) vendrá, en realidad, a declinar la competencia, pero contiene un fundamento jurídico cuarto, contradictorio con otras partes de la sentencia, en el que se viene a decir que las cuestiones que puedan surgir en relación con el cumplimiento de los contratos firmados al efecto puedan plantearse ante la jurisdicción civil ordinaria, pero dado que en realidad falta el contrato entre la actora (empresa pública) y los usuarios no se puede entrar en la calificación civil o administrativa de la relación.

Mucho más claro será lo afirmado en la sentencia de la AP de Málaga de 28 de enero de 200544). Explica que a la empresa pública ACOSOL se le podría haber atribuido la utilización de la vía de apremio para el cobro de las tasas, pero que eso es facultativo, y que las sociedades públicas están igualmente legitimadas para acudir a la jurisdicción ordinaria.

Más reciente es la sentencia de la AP de Málaga de 22 de marzo de 201345). Al igual que hizo el juzgado, la sala entra en el fondo de la cuestión en un caso que se inicia con la reclamación de cantidad al usuario por la Empresa Municipal EMASA46).

Por el contrario, se declina la competencia de la jurisdicción civil en otras resoluciones judiciales provenientes de la propia AP de Málaga y también alguna de la de Sevilla.<sup>47)</sup>

Tratándose de exacciones que respondían a una naturaleza formal diferente de la tributaria, no se da la unanimidad vista respecto de las tarifas exigidas por concesionarias.

Se asume la competencia de la jurisdicción civil en resoluciones judiciales provenientes de las Audiencias Provinciales de Almería<sup>48)</sup>, Granada<sup>49)</sup>, Madrid<sup>50)</sup> y Murcia<sup>51)</sup>.

Por el contrario, se declina la competencia de la jurisdicción civil, en primer lugar, en ciertas resoluciones de la AP de Baleares<sup>52)</sup>.

Adviértase ya de que aunque formalmente se trataba de exacciones diferentes de la tasa, para los juzgados y la sala insular “*en realidad*” eran tasas.

Se vino a sumar a estas tesis la AP de Zaragoza<sup>53)</sup>.

Al entender de este tribunal la competencia del orden civil viene determinada por la naturaleza de la materia o por la naturaleza de la norma, por lo que es esencial determinar la naturaleza del servicio, en el caso de autos, el de saneamiento. En definitiva, para la AP, si la contraprestación que pretende cobrar Ecociudad, empresa pública de titularidad del ayuntamiento de Zaragoza, por el servicio de saneamiento y depuración de agua, es una prestación de carácter público, el orden civil no será competente; en cambio, si fuera una prestación de naturaleza privada, sí sería competente. Para responder a ello la sala se basará en una de las sentencias del TS, del orden contencioso-administrativo, comentadas *supra*, en la introducción al trabajo: la muy conocida sentencia del TS de 23 de noviembre de 2015, según la cual, a pesar de la supresión del apartado segundo del artículo 2.2.<sup>a</sup> de la LGT, llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible, la contraprestación por servicios como el prestado por Ecociudad debía ser una tasa.

Siendo así, dice la AP de Zaragoza, el orden civil no es competente para resolver la demanda interpuesta por Ecociudad.

### **3. EL ASUNTO ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

Aunque no son muchos los casos residenciados en el orden contencioso-administrativo, no faltan algunas resoluciones interesantes.

La mayor parte de ellos se corresponden con actuaciones de la empresa pública Canal de Isabel II, de importancia capital en el ámbito de la Comunidad de Madrid. La empresa pública exige unas llamadas tarifas, aprobadas por la Comunidad Autónoma.

La sentencia del TSJ de Madrid de 27 de mayo de 2013<sup>54</sup>) desestimó un recurso relativo a facturas giradas por el Canal de Isabel II por el servicio de depuración de aguas. El caso era muy rico en matices y en el fondo del asunto estaba la tesis de la actora de que lo que se le pedía no debía conformarse como tarifa, sino como tasa. Los hechos eran los siguientes tal y como los explica la sentencia:

1. "Como consecuencia de facturas giradas a la actora por el Canal de Isabel II por el servicio de depuración de aguas por el período global comprendido entre el 18 octubre 2007 y 25 agosto 2008 la parte actora presentó recursos "per saltum" contra dichas liquidaciones solicitando su nulidad por causa de la nulidad del Decreto 157/2007, y de la Orden 497/2007 que en definitiva fueron acumulados al recurso inicialmente presentado con fecha 15 febrero 2008.
2. Con fecha 23 abril 2008 la Secretaría General Técnica dicta resolución calificando el recurso como reclamación previa a la vía judicial civil por entender que las facturas giradas no son actos administrativos por derivar de una relación con el usuario de Derecho Privado, interponiéndose contra la misma recurso solicitando su nulidad de pleno derecho y la resolución expresa de los recursos "per saltum" interpuestos sin obtenerse resolución de dicho recurso.
3. como consecuencia de la mencionada resolución de 23 abril 2008 el Canal de Isabel II dictó resolución en fecha 29 octubre 2008 desestimando la pretensión de la actora. Interponiéndose frente a tales resoluciones el recurso contencioso-administrativo número 62/09".

La Comunidad de Madrid, codemandada junto con la empresa pública, alega, en primer lugar, la incompetencia de jurisdicción para conocer del recurso. Dice que la cuantía de la tarifa se establece de acuerdo con las previsiones normativas aplicables, y que una impugnación directa de dicho establecimiento sí sería admisible en vía contencioso-administrativa (el Decreto 155/2007 y Orden 497/2007). Sin embargo, aduce que no cabe la impugnación en dicha vía de las facturas giradas por el Canal, dado que los contratos que se celebran con los usuarios no son contratos administrativos, sino sometidos al derecho privado<sup>55</sup>).

La sala de Madrid rechaza este motivo de inadmisibilidad, dado que la actora impugna una actuación administrativa que sí resulta recurrible ante el orden contencioso-administrativo<sup>56</sup>). Se tiene en cuenta que, precisamente, lo que sostiene la actora es que no nos encontramos ante una liquidación de tarifa producida en aplicación de un contrato privado, sino de una tasa cuya liquidación habría de producirse en un ámbito administrativo y dicha tesis es la que se rechaza por la actuación administrativa impugnada<sup>57</sup>).

El caso es que la sala se va a centrar en estudiar si estamos o no ante una tasa y concluye que no. Esta era una alegación esencial de la parte actora y en función de la cual formula las subsiguientes alegaciones relativas a la vulneración del principio de reserva de ley y de capacidad económica y de equivalencia en el sistema de cuantificación. Como el tribunal no la tomará por tasa, evitará examinar esas alegaciones<sup>58</sup>).

Esta sentencia fue confirmada por el TS<sup>59</sup>).

Pocos meses antes de la sentencia del TSJ la misma sala había dictado otra de fecha de 27 de febrero de 2013<sup>60</sup>). Esta sentencia desestima una demanda en relación con la solicitud de modificación de uno de los coeficientes que inciden en la cuantía de la tarifa de depuración exigible por el Canal de Isabel II. Se discutía un problema directamente normativo, siendo parte demandada la Comunidad de Madrid. En este asunto no se plantearon cuestiones procesales, porque sí parece clara la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo en el anterior sucede que la sala no renuncia a su competencia porque, aunque el objeto de la reclamación era la facturación y no la norma, había una cuestión normativa a resolver. Dicho de otra manera, se acepta un recurso indirecto contra un reglamento, siendo que el recurso directo debiera corresponder a otra jurisdicción. Obsérvese que la Comunidad Autónoma rechazaba la vía de recurso empleada por la después actora, ignorando el recurso en vía administrativa –y en consecuencia desestimándolo de manera presunta–<sup>61</sup>).

Es también importante la sentencia del mismo TSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2015<sup>62</sup>). La sentencia resuelve un muy interesante caso en el que la interesada recurre las tarifas del agua que le exige Canal de Isabel II en el ámbito territorial de Soto del Real, siendo demandados por un usuario tanto el ayuntamiento como el Canal de Isabel II.

Se impugna Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Soto del Real que desestimó los recursos de reposición interpuestos contra los recibos de suministro de agua emitidos por la empresa Canal de Isabel II, Gestión S.A., ampliándose el recurso a todas las facturas que se continúen girando por dicho concepto, mientras se resuelva el recurso contencioso-administrativo. Y se impugna además de forma indirecta una serie interminable de disposiciones generales (ordenanzas fiscales y generales y decretos autonómicos) y convenios interadministrativos.

El Ayuntamiento demandado alega, en primer lugar, la incompetencia jurisdiccional, porque las relaciones entre el Canal de Isabel II y los clientes son contractuales y por tanto, se rigen por el derecho privado, toda vez –dice– que los recibos impugnados son tarifas y no tasas<sup>63</sup>). Añade que habiéndose impugnado los recibos de tarifas de agua emitidos por el referido Canal, el recurso es inadmisible, siéndolo asimismo respecto de la impugnación indirecta de la ordenanza y los convenios, pues esta solo cabe al impugnar un acto administrativo derivado de aquellas, sin que en el presente supuesto exista acto administrativo alguno. Por tanto, son firmes la ordenanza y convenios que pretenden atacarse al haberse publicado en el periódico oficial de la región y que pudieron impugnarse de forma directa en el plazo de dos meses de acuerdo con lo dispuesto en la LJ, pero no de forma indirecta a través de los recibos de una tarifa que no constituyen acto administrativo alguno, sino una cuestión civil entre la empresa Canal de Isabel II Gestión S.A. y sus clientes. Los letrados de la Comunidad Autónoma y de la empresa pública coinciden con el Ayuntamiento en lo que respecta a la incompetencia jurisdiccional.

Evitando los rodeos de una sentencia larga y densa se puede resumir lo que dice extrayendo el siguiente párrafo:

“(...) constituyendo los recibos impugnados en el presente recurso emitidos por "Canal de Isabel II Gestión S.A." una tarifa o precio privado que debe pagar el usuario del servicio como contraprestación del mismo que se gestiona de forma indirecta por la citada empresa, y no una tasa, la Jurisdicción competente para conocer de los mismos es la CIVIL, y así se establece expresamente en la Estipulación 14 del Convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Soto de Real, la Comunidad de Madrid y el Canal de Isabel II que se remite expresamente a la referida legislación autonómica”.

Los recibos impugnados –dice la sala de Madrid– no constituyen acto administrativo, y al ser incompetente la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver sobre los mismos, lo era igualmente para resolver la impugnación indirecta de las disposiciones generales y convenios antes anotados.

El recurso de casación deducido contra esta sentencia fue completamente inadmitido mediante auto del TS de 17 de noviembre de 2016<sup>64</sup>).

Las paradojas de la sentencia de 2013 se disipan en el presente caso, que, a mi parecer, sin entrar para nada en si lo correcto en aquel tiempo era la exacción de una tasa o una tarifa, sí se resuelve de manera correcta en el plano procesal.

La tercera y última sentencia del TSJ de Madrid que se reseña es una de 13 de enero de 2017<sup>65</sup>).

Se trató de un conflicto entre el ayuntamiento de Alcalá de Henares y el Canal de Isabel II, referido a si el Canal debía prestar al propio municipio el servicio de depuración de manera gratuita en cuanto a las aguas utilizadas por el ayuntamiento o debía soportar el pago de las facturas<sup>66</sup>). Por parte de la empresa pública autonómica que concurre se alega causa de inadmisión, al corresponder su conocimiento, en su opinión, a la jurisdicción civil, señalando que las relaciones jurídicas que se entablen entre el Canal y los usuarios en relación con el abastecimiento de agua y saneamiento están sometidas al derecho privado. La sala no atenderá este razonamiento, dado que lo que se plantea por parte del ayuntamiento es que se declare el sentido de una cláusula concreta del pliego de prescripciones técnicas que han de regir el contrato de concesión administrativa de la explotación del servicio público municipal de suministro de agua y saneamiento en el término municipal. Tal interpretación es una cuestión sujeta al Derecho administrativo y su conocimiento corresponde a esta jurisdicción, pues son cuestiones que se suscitan en relación con “*los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas*” (LJ). Diferente pues de la que se produciría fuera de ese contexto entre los usuarios y la prestadora del servicio, que sí sería objeto de la jurisdicción civil.

#### 4. REVISIÓN DE LA SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TS

Más arriba se hizo referencia a la posibilidad de que se suscitaran conflictos de competencia, positivos o negativos, entre juzgados o tribunales de órdenes jurisdiccionales distintos.

Aunque no resuelvan exactamente un asunto como el que nos interesa, sí se hallan resoluciones que permiten extraer algunas ideas. En general, en la exploración efectuada alrededor de los conflictos planteados entre los órdenes civil y contencioso-administrativo se observa un sesgo notable a favor de la competencia del orden civil. Comentaré dos, una porque se trataba de una reclamación relativa a lo facturado por una concesionaria a los usuarios; otra porque había de por medio una sociedad de capital público, aunque el tema se desvía del que nos afecta. Cada una de ellas, por cierto, se resuelve a favor de un orden.

El primero es el auto dictado por la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 11/2017 de 9 mayo67). La sala determinó la competencia de la jurisdicción civil en un conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Totana y la Sala 1.<sup>a</sup> Contencioso Administrativo del TSJ de Murcia68).

Al entender del TS la controversia no encaja en ninguno de los supuestos cuyo conocimiento es atribuido por el artículo 2 de la LJ al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ni la reclamación se basa en un contrato administrativo, pues la relación que vincula a la concesionaria del puerto deportivo y los usuarios de puntos de amarre no se rige por la LCSP; ni, lo que es más importante, se dirige contra un organismo público para revisar una actividad administrativa susceptible de impugnación. No altera lo anterior la circunstancia de que, en el marco de una relación jurídica que no es de Derecho administrativo, los usuarios de los puntos de amarre reclamen de la concesionaria que los explota la devolución de cantidades indebidamente cobradas de acuerdo con los términos en que se asumió la concesión. Tan solo determinará que el tribunal civil, que goza de competencia para aplicar por vía incidental normativa administrativa, tenga que interpretar el alcance y los términos en que la concesionaria asumió la concesión, para advertir si estaba justificado el cobro a los usuarios de los puntos de amarre de cuotas por las que ahora reclaman su devolución.

La segunda resolución a tener en cuenta es el auto núm. 36/2008, de 18 de diciembre69), que resolvió, en este caso a favor del orden contencioso-administrativo, el conflicto entre el juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Vera y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería, habiendo declinado ambos la competencia. Se trataba de una reclamación por daños sufridos en una casa como consecuencia de las filtraciones en las cañerías que suministran el agua, siendo que la gestión del servicio del agua se prestaba por una empresa cuyo capital social es público en su totalidad. Al entender de la sala corresponde al orden contencioso “*de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9.4 LOPJ y 2 e) LJCA70*”.

La sala pone énfasis en la integridad pública del capital de la sociedad y en la creación de la misma para la gestión directa de un servicio público, apelando a la doctrina del levantamiento del velo (pero de ello no debe colegirse la equiparación de una sociedad pública a una administración pública, pues la ley no dice eso).

#### **IV. CRITERIOS PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN EN LA LEGALIDAD ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP**

En tanto en cuanto no se subsuma la situación entre los supuestos que necesariamente deben conducirse a una jurisdicción diferente de la civil, sería la jurisdicción civil la que deba actuar. Por lo tanto, la justificación de quien decline la competencia de este orden tiene que estar enganchada a una cierta norma, bien de la LJ, bien de la legislación sectorial: fundamentalmente tiene que justificar que la cuestión litigiosa se refiera a actos de quienes no son Administración pública en ejercicio de potestades administrativas. En correspondencia, la motivación de una resolución judicial que reconozca la competencia del orden civil no precisa de mayores razonamientos, pues es la residual, tal y como dice la LOPJ.

A mi parecer, los jueces y tribunales civiles que declinaron su competencia o los de otros órdenes que la mantuvieron de manera más o menos argumentada no siempre acertaron.

Se trata de resolver el problema planteado dando respuesta a las siguientes preguntas: (i) En lo que concierne al cobro de tasas, ¿tan claro está que el cobro de tributos por parte de quien no tiene la naturaleza de Administración pública no sea competencia de la jurisdicción civil? Dicho de otro modo, ¿pretender cobrar un tributo es siempre una cuestión de Derecho administrativo? (ii) ¿Es más fácil defender la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la empresa gestora es una sociedad pública y no una concesionaria? (iii) ¿En qué condiciones las actuaciones relacionadas con el cobro de tasas y tarifas se efectúan en ejercicio de potestades administrativas? (iv) ¿Es más fácil defender la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando es el usuario el que inicia el conflicto y no cuando la empresa gestora reclama una cantidad? (y v) ¿Es la demanda civil la única alternativa que tienen las empresas gestoras frente a la morosidad?

Al hilo de estas reflexiones, a sabiendas de la disparidad de criterios judiciales, matizaré y propondré los espacios en los que se percibe más segura la competencia de un orden o del otro.

## 1. EN LO QUE CONCIERNE AL COBRO DE TASAS, ¿PRETENDER ALGO RELATIVO A UN TRIBUTO ES POR DEFINICIÓN Y SIN MATICES UNA CUESTIÓN “DE DERECHO ADMINISTRATIVO”?

En el trabajo de campo relativo a sociedades públicas y concesionarias se ha observado una tendencia marcada a asumir la competencia de la jurisdicción civil cuando el litigio se refería a tarifas y, en cambio, a no hacerlo cuando el litigio se refería a tasas. No era generalizable y algunos casos se han resuelto de manera diferente, pero es un punto del que arrancar.

### 1.1. Aproximación inicial

A la vista de las resoluciones judiciales, me parece que ni está tan claro que las cuestiones litigiosas referidas al cobro de tributos por parte de quien no tiene la naturaleza de Administración pública no sea competencia de la jurisdicción civil ni que cualquier pretensión relativa a un tributo sea de manera inevitable una cuestión “de Derecho Administrativo”. Lo es en general porque las pretensiones que se deducen del litigio no son en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, pero han de buscarse zonas más grises.

Desde luego, es un asunto sobre el que merece la pena reflexionar, más teniendo en cuenta cómo numerosos juzgados y tribunales de lo civil han reconocido su propia competencia, bien de forma explícita, bien de forma implícita, en litigios en los que el objeto era tributario, porque se discutía por *una tasa*.

En lo que se ha de penetrar es en las razones por las que un asunto en el que se litiga por el cobro de un tributo ha de residenciarse, de manera forzosa, en la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque no se encuentre como parte, técnicamente, a una Administración pública.

Pues bien, lo primero que debe advertirse es que no hay un precepto que claramente diga que cuestiones tributarias en circunstancias como las que nos interesan –una empresa actuando para cobrar– deban residenciarse en el orden contencioso-administrativo.

Las normas tributarias tratan de colaborar en la definición de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero solo lo hacen en cuanto a los actos dictados por las respectivas Administraciones públicas.

En el ámbito estatal es el artículo 249 de la LGT el que se refiere al Recurso contencioso-administrativo, vinculándolo a los recursos contra resoluciones que pongan fin a la vía económico-administrativa<sup>71</sup>). Según el artículo 226 de la LGT podrá reclamarse en vía económico-administrativa en relación fundamentalmente con “*la aplicación de los tributos del Estado o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias que realicen la Administración General del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma y las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía*”. Poco más que decir, se trata de actuaciones de la Administración en ejercicio de potestades administrativas.

En el ámbito local, que es el que más interesa al objeto de este trabajo, es algo más complejo. El artículo 108 de la LBRL dice que contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se formulará el recurso de reposición específicamente previsto a tal efecto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Y que dicho recurso tendrá carácter potestativo en los municipios a que se refiere el título X de esta Ley<sup>72</sup>”).

Al que se añade lo previsto en el artículo 113, según el cual contra los actos que pongan fin a las reclamaciones formuladas en relación con los acuerdos de las Corporaciones en materia de Presupuestos, imposición, aplicación y efectividad de tributos o aprobación y modificación de Ordenanzas fiscales, los interesados podrán interponer directamente el recurso contencioso-administrativo.

El contenido de estos preceptos hay que contextualizarlo, en función de lo que dice el TRLHL, en relación con la LJ.

El TRLHL, mediante su artículo 14, sea cual sea la versión que se utilice, regula la revisión de actos en vía

administrativa. Si se acude a la versión original, se lee lo siguiente: “*La Jurisdicción Contencioso-Administrativa será la única competente para dirimir todas las controversias de hecho y de derecho que se susciten entre las Entidades locales y los sujetos pasivos, los responsables y cualquier otro obligado tributario, en relación con las cuestiones a que se refiere la presente Ley*” (apartado 5 del artículo 14). El argumento de que estos preceptos pudieran generar per se la competencia del orden contencioso-administrativo por la simple naturaleza de la exacción se cae por su propio peso: son las controversias entre los obligados tributarios y las Entidades locales de las que se habla. La versión actual regula un recurso en vía administrativa y luego añade que contra la resolución de ese recurso podrán los interesados interponer directamente recurso contencioso-administrativo. Y son impugnables, mediante el recurso en vía administrativa previsto en este precepto, todos los actos dictados por las entidades locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de derecho público. Un “acto” (sin más adjetivo) dictado por una concesionaria o por una empresa pública no está dictado por una entidad local, por lo que mal pueden aplicarse esos preceptos. En ese sentido no puedo compartir algunas consideraciones efectuadas en contra de estos criterios por ciertas Audiencias Provinciales, como la de Málaga (sentencia de la AP de Málaga de 23 de abril de 2001).

Fuera de eso, no eran pocos los tribunales civiles que declinaban la competencia sin más explicaciones, dando por hecho que por la mera circunstancia de que el objeto del conflicto fuera tributario el lugar natural para el litigio era la jurisdicción contencioso-administrativa y no la jurisdicción civil. Lo hace la AP de Zaragoza; la AP de Baleares (varios casos) o la AP de Sevilla (auto de 16 de junio de 2005) o la de Santa Cruz de Tenerife.

Como se ha dicho, muchos otros juzgados y tribunales civiles no comparten esa tesis y no renuncian a examinar la cuestión suscitada. Y, entre una posición y otra, se han dictado resoluciones judiciales que pueden determinar la incompetencia del orden civil en casos en los que las partes discuten en relación con tasas exigidas por empresas públicas o concesionarias, pero en ellas no se rechaza sin más la competencia, sino que se profundiza en las causas de fondo, evitando simplismos (lo hace por ejemplo la sala de lo civil del TS en una sentencia que se comentará).

Personalmente creo que no se puede afirmar que por el mero hecho de que el objeto del litigio gire alrededor de un tributo el orden natural sea siempre el contencioso-administrativo, aunque esto sea lo habitual. Hay que atender, al menos, a otros elementos.

## 1.2. La reinterpretación de la naturaleza formal de la exacción como razón de la decisión

A los efectos puramente dialécticos admitamos que cualquier conflicto relacionado con un ingreso de derecho público en general, con un tributo en particular –la tasa lo es– fuera por su propia naturaleza materia que quedase fuera de la competencia de la jurisdicción civil.

Cosa bien distinta es que el juez civil llamado inicialmente a resolver sobre una demanda que se le presenta se encuentre con un asunto relativo a algo que formalmente no se ha conformado como un tributo, pero que realice el siguiente razonamiento: i) aunque el objeto a tratar no se ha conformado como un tributo, debiera haberse conformado como tal; y ii) como tenía que haberse conformado como un tributo, entonces la competencia no corresponde a la jurisdicción civil.

Es un razonamiento sorprendente, pero que a la vez se queda corto, pues la consecuencia de la errónea conformación de la exacción hubiera ido mucho más allá del campo procesal, aunque a la jurisdicción civil no le incumbe (en un plano de derecho material sería determinante de la nulidad de pleno derecho de esa tarifa).

La AP de Zaragoza lo desarrolló, y no había sido la primera<sup>73)</sup>.

Ciertamente, tal y como dice la Constitución, los tribunales controlan la potestad reglamentaria (artículo 106.1 de la Constitución Española). La vía natural para efectuar ese control es a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, bien mediante el recurso directo, bien mediante el recurso indirecto contra reglamento, con planteamiento en su caso de cuestión de ilegalidad ante el órgano competente para anular el reglamento ilegal.

Ello no quiere decir que el resto de las jurisdicciones no puedan controlar la legalidad de los reglamentos. Ahora bien, ¿a través de qué vía? La de la inaplicación de los contrarios a la Constitución o a la ley en los términos del artículo 6 de la LOPJ.

Hay casos en los que el usuario demandado, instalado en la comodidad, no se había molestado en argumentar nada material en contra del monitorio, y fue el propio juez el que de oficio valoró la falta competencia. Con la prudencia de quien no es especialista en Derecho procesal, ¿no hubiera sido necesario que el demandado al menos, a través de

la vía de excepción, hubiera solicitado la inaplicación de ese reglamento –la ordenanza– que afecta al caso que se está resolviendo, por considerar que contradice una norma de rango legal?

Me parece que una cosa es que la falta de jurisdicción sea apreciable de oficio y otra que de oficio se cuestione la legalidad de un reglamento, ignorándolo, a los efectos de poder apreciar de oficio esa falta de jurisdicción. No hay parangón en los casos resueltos por otros tribunales. A ningún otro tribunal se le había ocurrido este razonamiento; sino que, cuando se trataba de tasas ordenadas como tales –solo en esos casos–, se dictaban algunos autos y sentencias que se abonaban a la falta de competencia.

Aunque una cuestión tan general como la del control de la legalidad de los reglamentos excede de las pretensiones de este artículo, algunas de las vías abiertas, como las que se vieron en casos resueltos por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid –Canal de Isabel II–, hacen pensar si no merecería la pena la intervención del legislador.

Luego el tiempo quitaría la llave concreta que abonaba estas tesis –la doctrina del TS dictada en 2015–, dado que el propio alto tribunal la vendría a revisar, considerando que en el escenario posterior a la Ley de Economía Sostenible sí era correcto que las exacciones a cobrar por las empresas públicas se ordenasen como tarifas. Me refiero claro está a la jurisprudencia que se inicia con la STS de 25 de junio de 2019(74). Ello sin perjuicio de que también fuera correcto que lo hubieran ordenado como tasa<sup>75</sup>.

Este devenir no pudo ser tenido en cuenta, por razones obvias, por ejemplo, por la AP de Ávila en su auto de 18 de julio de 2018 (citada). Pero no le hizo falta para estimar el recurso de apelación interpuesto por la empresa Aquona, una vez que el Juzgado de primera instancia había acordado abstenerse (el juzgado basó exclusivamente su pronunciamiento en la consideración como tasa de la cantidad reclamada, y por lo tanto que correspondía conocer de la pretensión de Aquona a la jurisdicción contencioso-administrativa).

## 2. ¿ES IMPORTANTE EL HECHO DE QUE LA GESTORA SEA UNA SOCIEDAD DE CAPITAL PÚBLICO Y NO UNA CONCESIONARIA?

Los tribunales que han defendido la incompetencia del orden del civil sobre los asuntos tributarios en general no han tenido por qué incidir en la posible relevancia que tuviera en el caso de autos que la gestora fuera una empresa pública en vez de una concesionaria.

En la jurisprudencia menor no se encuentran trazas en las que un mismo tribunal apueste por un orden jurisdiccional, en un caso, y por el otro orden jurisdiccional, en el otro. (En realidad lo que se ven son incoherencias en las mismas salas –paradigma de ello son las Audiencias de Baleares, Cádiz, Jaén o Málaga–), y como mucho se detectan algunas consideraciones específicas sobre la idiosincrasia de las sociedades de capital público que no afectarían a las concesionarias.

Se pueden formar tres grupos con estas consideraciones.

Primero (el artículo 13 de la LJ, Criterios de distribución de competencias). Un lugar común en las resoluciones de algunos tribunales, al menos de una cierta época, fue la invocación del artículo 13 de la LJ (así, AP de Jaén o Málaga). Ese artículo dice que para aplicar las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos anteriores, se tendrán en cuenta criterios como las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

Pues bien, la referencia a ese precepto es equivocada. Ese precepto se halla en el marco de la distribución de competencias entre los propios órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es que “*las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos anteriores*” –que son el artículo 6 y siguientes– determinarán si el asunto corresponde al Juzgado, al TSJ, a la AN o al TS, asunto que previamente hemos de enganchar al orden contencioso-administrativo de acuerdo no con el artículo 6 y siguientes, sino con el artículo 1 y siguientes (más lo que se encuentre en la legislación sectorial). Dicho de otra manera, los artículos 6 y siguientes no añaden nada a la competencia del orden contencioso-administrativo, que ya ha venido establecida.

Segundo (el levantamiento del velo). La doctrina del levantamiento del velo también se ha empleado de manera ocasional con la idea de sustituir el orden jurisdiccional inicialmente aplicable.

El levantamiento del velo –nos han enseñado– trata de corregir los abusos que se producen cuando la personalidad

jurídica de la sociedad se utiliza como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico. Es difícil hablar de abusos a corregir cuando una Administración pública se ha limitado a emplear una de las formas de gestión perfectamente reconocidas en el ordenamiento jurídico español y que para nada genera ningún perjuicio al usuario.

Parece difícil que se puedan corregir pretendidos abusos moviendo el orden jurisdiccional en casos de impago de las exacciones<sup>76)</sup>.

En general, esta técnica tiene que emplearse de manera prudente y excepcional y resulta incomprensible que se vea algún abuso en que una empresa pública pretenda cobrar lo que se le debe, apelando a la justicia civil.

Y tercero (si a pesar de que el artículo 2 de la LJ nombra a los concesionarios y no a las sociedades públicas, se puede localizar algo que permita defender la competencia de la jurisdicción contenciosa en casos en que no se haría para los concesionarios). Es cierto que ocasionalmente se ha defendido que las sociedades públicas son Administración pública. Incluso se ha llegado a mantener, como hizo la AP de Cádiz, que una sociedad mixta forma parte de ese concepto (el caso más reciente, el resuelto por el auto de 18 de abril de 2018, citado). Insisto en lo que ya se dijo al comienzo de este trabajo: el artículo 1.1 de la LJ previene que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo. Pero las sociedades públicas no forman parte del concepto de Administración pública que a tal efecto define el propio artículo 1 –sí otras entidades de derecho público, pero no las sociedades públicas–. Otra cosa será que luego se acepte que el artículo 2 de la LJ expansiona la competencia del orden contencioso-administrativo, incluyendo en su ámbito de control actos que no necesariamente han sido dictados por las Administraciones públicas definidas en el artículo anterior.

Si se sigue con el discurso contenido en la LOPJ y en la LJ se sigue sin que genéricamente haya menciones para las sociedades públicas. Las hay para otras entidades, como las corporaciones de derecho público (colegios profesionales, cámaras de comercio, comunidades de usuarios de agua...), con la indicación de que no es general, sino solo respecto de los actos adoptados en ejercicio de sus funciones públicas.

Ciertamente se observa una paulatina absorción de asuntos por el orden contencioso-administrativo, sobre la base de diversos argumentos. Pero no es tan fácil asimilar que se eluda la jurisdicción del juez ordinario cuando de manera expresa nada se dice en la legislación.

Esto último entraña con lo que trata en el epígrafe siguiente.

Ante el silencio general sobre la competencia del orden contencioso-administrativo en relación con las actuaciones de las sociedades de capital público, pero de base privada, resulta complicado ir más allá de una aplicación analógica de alguna de las reglas que la LJ emplea para expandir la competencia de la jurisdicción a otros. Si pensamos en las actuaciones de las corporaciones de derecho público, la competencia se limita sobre actuaciones realizadas en el ámbito de sus funciones públicas. Si pensamos en los concesionarios estamos en lo mismo: la competencia recaería sobre las actuaciones de estos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos.

En otra de las grandes leyes administrativas, la Ley 40/2015, se advierte que la sujeción a las normas propias del régimen jurídico del sector público por parte de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes a las Administraciones públicas que integran el sector público institucional se produce en los casos en los que las normas jurídico-públicas se refieran específicamente a estas entidades, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso cuando ejerzan potestades administrativas.

En suma, que no es aceptable la equiparación de las sociedades públicas a las Administraciones públicas, a la vista de la redacción de la ley; que si hay actuaciones en las que están involucradas las sociedades públicas que deban someterse al control jurisdiccional del orden contencioso lo será porque sean actuaciones “sujetas al Derecho administrativo”, lo que en los términos de los llamados vicarios de las administraciones públicas habrá que situarlo además en los casos en los que se hayan conferido potestades administrativas.

En mi opinión no se ha justificado de manera suficiente que sea más seguro defender la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso de sociedades públicas que en el de concesionarias. Las sentencias del TSJ de Madrid en relación con las tarifas del Canal de Isabel II parten de unos antecedentes procedimentales y procesales tan complejos que no han sido tan resolutivas como quizás pudieron haberlo sido.

### **3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUACIÓN LLEVADA A CABO: SUJECIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO, EJECUTANDO LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS CONFERIDAS**

El razonamiento realizado hasta ahora permite aventurar que la relevancia no está en que se trate de una tasa o una tarifa; y tampoco en que la gestora sea una sociedad pública o una concesionaria. La relevancia estará en que se ejecuten potestades administrativas.

#### **3.1. Aproximación general**

Como regla general las reclamaciones de cantidad efectuadas por sociedades públicas o concesionarios deberían someterse a la jurisdicción civil, ya que no se están ejecutando potestades administrativas.

La línea jurisprudencial mayoritaria vendría a decir que en estos temas hemos de distinguir cuestiones que realmente son administrativas y cuestiones que son privadas.

A mi modo de ver, la reclamación de cantidad por una tasa o tarifa, lo haga un concesionario o lo haga una empresa pública, es una cuestión privada. Como han dicho las Audiencias Provinciales de Coruña, Cádiz, Jaén, Las Palmas, Málaga o Soria.

Cuando la sala de lo civil del TS en la sentencia del TS de 9 de febrero de 2007 (citada) hablaba de las “liquidaciones tributarias” emitidas por quien no es una administración pública podría parecer que ignoraba lo impropio de la expresión empleada, pues solo de manera material pero no formal podríamos hablar de un acto que determina una cantidad, pero nunca aplicando los procedimientos tendentes a la liquidación previstos en la LGT y sus reglamentos. Solo parece, pues añade que “*no se hacen con los formulismos que exige la LGT*”. De esta sentencia vamos a seguir hablando y, en realidad, conviene relativizar algunas de sus apreciaciones, pues resulta que vinieron a coincidir aquellos años en los que sucesivamente se pasó de las tasas a los precios públicos (el asunto trata a la vez de ambas situaciones).

Otra cosa será que, reclamándose de facto una cantidad, se estén ejecutando potestades administrativas y, por lo tanto, “con sujeción al Derecho administrativo”.

El caso que me parece más claro, en la medida en que al menos en algún momento ha estado contemplado por el ordenamiento jurídico (sigo insistiendo en que no merece la pena discurrir sobre su vigencia) es el del ejercicio de la vía de apremio<sup>77</sup>). Hay suficientes elementos de diferenciación con los casos más habituales en los que no se les había conferido a las empresas gestoras la autotutela ejecutiva para el cobro de las exacciones debidas por los usuarios. En general, estamos hablando de una atribución que no es querida por ninguna gestora. La AP de Ávila, mediante auto de 18 de julio de 2018, citado, tras afirmar que si de lo que se trata es de percibir un tributo por parte de un organismo público que por ley tiene derecho a ello las cuestiones que se susciten sobre su implantación y sobre su percepción son de índole administrativa y no mercantil y civil, en cuanto derivan necesariamente de una norma y el sujeto activo de la relación es un organismo público. Pero que la jurisprudencia tiene declarado que, respecto al cobro de las cantidades adeudadas por los usuarios de los servicios públicos, cuando estas se gestionan de forma indirecta mediante concesión, la gestora no tiene por qué utilizar la vía administrativa contra los usuarios del servicio, pudiendo utilizar la correspondiente vía civil.

Igualmente hay elementos de diferenciación en un grupo de resoluciones de la AP de Málaga que, si se penetra en los razonamientos, se descubre que no hay tantas contradicciones entre las muchas resoluciones que ha dictado esta Audiencia. Y es que separa de otros casos más sencillos aquellos en los que la empresa pública (o concesionaria) ha aplicado un procedimiento especial de liquidación en supuestos de fraude manifiesto, siguiendo el dictado de la normativa autonómica reguladora del abastecimiento de aguas (sentencia de la AP de Málaga de 27 de septiembre de 2006 y otras anteriores). Con una cierta impropiedad la sala habla de “una sanción establecida en norma administrativa” como objeto del asunto.

En suma, que cuando no te confieren potestades administrativas en relación con la facturación, el cobro de las cantidades debidas, o algún otro elemento que pueda ser objeto de discusión, lo que corresponde para obtener el necesario auxilio es acudir a la jurisdicción civil.

Volvemos a la sentencia del TS de 9 de febrero de 2007, y recuperaremos los argumentos empleados por el Alto Tribunal para decidir la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a litigio relativo a las tasas (unas veces) y precios públicos (otras) de la empresa mixta EMALGESA, en relación con el ciclo del agua.

Reproduzco la parte sustancial que justifica el fallo (el subrayado es mío):

"La pretensión encaminada a lograr la declaración de la inexistencia de la obligación de pago de tales conceptos, primero, y a obtener la condena de la devolución de las cantidades abonadas, después, constituye una cuestión que, lejos de operar como antecedente lógico, como cuestión previa o prejudicial a una reclamación deducida ante los órganos de la jurisdicción civil, con fundamento en la figura cuasicontractual del cobro de lo indebido, conforma el objeto mismo del proceso, por lo que su indiscutible naturaleza administrativa la sustrae del conocimiento de los tribunales del orden civil para situarla en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, **a la que corresponde su examen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 y 2 –d) de la Ley reguladora de esa Jurisdicción, en la medida en que conlleva el control o la fiscalización de la actuación realizada por quien gestiona de modo directo un servicio público municipalizado**, la cual, por lo demás, fue promovida con relación a la exacción de, al menos, uno de los derechos de acometida cuestionados, y que ineludiblemente abocaba a la revisión jurisdiccional por los juzgados y tribunales de lo Contencioso-Administrativo".

La sala no invoca la parte de la letra d) del artículo 2 de la LJ en la que se habla de los actos "*dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos*", sino otra parte del contenido de esta letra cuyo significado aplicado al caso concreto no está muy claro.

Tratando de darle algún sentido a lo que dice, leemos en la sentencia que no se discute de la reclamación de tarifas por suministro con base en el contrato suscrito por el usuario y la compañía suministradora, ni de la determinación del precio en el marco de dicho contrato, sino que la reclamación se refiere a los costes de realización de acometidas de agua y de pago de derechos de acometida. En efecto, se trataba de la acometida a una nueva urbanización, con una muy elevada cantidad, siendo sujeto pasivo la empresa urbanizadora. Y esta se amparaba en un precepto del Reglamento autonómico de abastecimiento que venía a decir que, en las urbanizaciones y polígonos, en ciertas circunstancias, no se podían exigir los derechos de acometida<sup>78)</sup>. ¿El concepto podría ser determinante de la competencia?

### **3.2. Demandas inicialmente formuladas por los usuarios y reclamaciones de cantidad efectuadas por las gestoras: ¿la distinción es un elemento relevante?**

Aprovechando el tirón de la sentencia del TS que veníamos comentando interesa reflexionar sobre si puede o no darse un tratamiento diferente a las demandas inicialmente formuladas por los usuarios y a las reclamaciones de cantidad efectuadas por las gestoras.

La sentencia del TS de 9 de febrero de 2007 determina que no haya lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la AP de Cádiz, que rechazó en el caso la competencia del orden jurisdiccional civil. Pues bien, resulta que otra resolución posterior de la propia AP de Cádiz va a utilizar esta misma sentencia del TS para justificar la competencia de la jurisdicción civil en otro asunto en el que están involucrados usuarios, la propia EMALGESA y por supuesto las tasas del ciclo del agua. Se trata del auto de 9 de mayo de 2012, citado *supra*. La pregunta es cómo es posible.

El auto explica que a diferencia de lo sucedido en el caso resuelto por la sentencia del TS no estamos ante un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial frente a un ente público, sino de petición de condena monetaria a un particular. Además no comparte el argumento de que el dato de que la ordenanza municipal diga que el precio es una tasa deba determinar la jurisdicción competente para conocer de este tipo de reclamaciones.

¿Cuáles son las diferencias entre un caso y otro caso? Aunque no queda demasiado claro en los antecedentes del auto de 2012, parece que ahora sí se trata de las contraprestaciones por el suministro de agua, y no por los derechos de acometida y probablemente el obligado al pago sea el usuario final. Esa es una diferencia, pero hay otra que la usa ahora la AP como razón para cambiar el orden competencial: en aquel fueron los usuarios los que demandaron; en este fue la gestora del servicio la que demandó a los usuarios.

Ni la argumentación del TS no era muy rica ni lo que voy a decir ofrece plena seguridad, pero quizás la AP de Cádiz esté mostrando un camino: que en los casos en que son los usuarios los que reclaman pueda ofrecerse una solución, y en los casos en que son las gestoras las que reclaman pueda ofrecerse otra (la competencia de la jurisdicción civil).

El mismo criterio se ve también en la sentencia de la AP de Granada de 3 de mayo de 2013.

Esto con las debidas precauciones desde la perspectiva de que otras Audiencias Provinciales como la de A Coruña o Toledo no han tenido problema alguno en aceptar la competencia del orden civil en conflictos jurídicos promovidos por los usuarios referidos a tasas exigidas por concesionarias.

#### 4. RECAPITULACIÓN

Algunos jueces o tribunales civiles señalan de manera ocasional lo siguiente: que la competencia del orden civil viene determinada por la naturaleza de la materia o por la naturaleza de la norma, por lo que es esencial determinar la naturaleza del servicio que se presta. Sería más apropiado afirmar que la competencia del orden civil viene determinada por la falta de competencia de otra jurisdicción. Como dice la LOPJ en su artículo 9.2 “*Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*”.

Si se acepta como una hipótesis que no tiene por qué ser compartida que los litigios subsiguientes a las reclamaciones de los usuarios puedan ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ¿qué sucede con las reclamaciones efectuadas por las propias gestoras?

Lo que sucede es que son demandas que nunca podrían formalizarse ante los juzgados o tribunales de lo contencioso-administrativo, por la sencilla razón de que el usuario no puede ser demandado en procedimientos de este tipo. Las empresas, que no disponen en general de la vía administrativa de apremio, si no pueden reclamar el pago ante el orden civil no pueden hacerlo de ningún modo, lo que no puede ser y es atentatorio no solo contra el interés de la empresa, que muchas veces es pública, sino contra el interés general.

Lo dice con toda rotundidad la AP de la Coruña:

“Es patente que nadie ejerce pretensiones de responsabilidad patrimonial contra una Administración pública, sola o con su aseguradora u otros responsables, ni se dirige la demanda contra su inactividad o alguna actuación material calificable de vía de hecho; pero no lo es menos que tampoco las pretensiones de la actora van contra la actuación de alguna Administración, sujeta o no al derecho administrativo, sin que baste la naturaleza administrativa de la regulación para atribuir el conocimiento al orden contencioso- administrativo, pues la pretensión ha de dirigirse en relación con sus actos u omisiones (artículos 1.º y 25 de la Ley 29/98, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y por ello siempre ha de ser parte demandada (artículo 21 de la propia Ley); obviamente la parte demandada en este caso no es una Administración pública”.

Y es exactamente lo que indican las AP de Cádiz y Málaga. Más recientemente se sumó la AP de Ávila (auto de 18 de julio de 2018, citado), poniendo de manifiesto que la gestora no estaba constreñida a la utilización de la vía administrativa, y que como persona de derecho privado podía utilizar contra los usuarios del servicio, también entes de derecho privado, la correspondiente vía civil.

También merece la pena reproducir alguno de los considerandos de cualquiera de las resoluciones de la AP de Santa Cruz de Tenerife a las que abrió paso el auto de 24 de julio de 2018, citado. Advierte este tribunal que la empresa mixta prestadora del servicio, aun cuando sea una concesionaria de un servicio público y esté participada por capital público, no ejerce potestades administrativas ni puede tener la consideración de administración pública, sino que está sujeta a las normas de Derecho privado y las contraprestaciones que percibe de los usuarios no deben ser consideradas como ingresos públicos. En definitiva, que la relación entre la empresa y los usuarios es de naturaleza jurídico-privada, poniendo énfasis en que no consta probada la posibilidad de utilización de la vía de apremio para percibir las contraprestaciones de los usuarios.

En suma, que pretender cobrar la remuneración debida por quien presta servicios públicos, como el agua o las basuras, ni es actuar con sujeción al Derecho administrativo, ni ejecutando potestades administrativas conferidas. A mi parecer, el camino correcto para actuar en el caso de impagos por parte de las gestoras, sean empresas públicas o concesionarias, es la interposición de una demanda civil. Al menos las reclamaciones de cantidad efectuadas por las empresas gestoras, que no tienen conferida la potestad de apremio, deben ser competencia de la jurisdicción civil, pues en modo alguno se dan los presupuestos de la abstención que consisten en que el asunto deba ser conocido por otro orden jurisdiccional.

Dicho de otro modo, las acciones sobre el cumplimiento contractual que efectúe la gestora corresponden a la jurisdicción civil, porque no hay precepto ni en la LJ ni en la legislación sectorial que permita deducir un criterio distinto.

## V. LA SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP

La LCSP parece que suponga, por diversas razones, un importante cambio sobre la cuestión.

### 1. LAS TARIFAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS O CONCESIONARIAS EN EL MARCO DE LA NUEVA LEGALIDAD

Según la DA 43.<sup>a</sup> de la LCSP, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta. Añade que, en concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado. La DA 1.<sup>a</sup> de la LGT viene a decir lo mismo.

Como se nos indica en la LGT, justo antes de adaptar el contenido de la LCSP, las prestaciones patrimoniales de carácter público, en los términos del artículo 31.3 de la CE, pueden ser tributarias o no tributarias, siendo prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario otras prestaciones diferentes de las tributarias que, exigidas coactivamente, respondan a fines de interés general.

En el ámbito local, que nos interesa de manera especial, lo especifica el nuevo apartado 6 del artículo 20.

Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario que deben exigirse por la prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, que se concretan más en aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado van a tener una cierta regulación en la propia LCSP.

No es el objeto de este trabajo el contenido nuclear de esa reforma. Las críticas vienen siendo importantes, especialmente desde el ámbito del Derecho financiero; pero no se puede ocultar que el TC aseguró la adecuación constitucional del marco establecido por el legislador de 2017 en el marco del contrato de concesión de servicios<sup>79)</sup>.

Es cierto que en la medida en que se ordenen estas exacciones como prestaciones no tributarias decaen algunos de los argumentos que se empleaban en el escenario temporal anterior para defender la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Pero es suficiente para asegurar que a partir de marzo de 2018 sea la jurisdicción civil la competente para resolver los litigios sobre los que trata este trabajo?

A pesar de la muy numerosa literatura sobre la reforma, no son frecuentes los pronunciamientos sobre esta concreta cuestión<sup>80)</sup>. Es además demasiado pronto para contar con resoluciones judiciales que den respuesta a la pregunta formulada.

### 2. LA ATRIBUCIÓN A LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA CUESTIÓN SEÑALADA EN EL INCISO C) DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 27 DE LA LCSP

Si el frente abierto en cuanto al orden jurisdiccional basado en cuestiones propias de la naturaleza de la exacción puede considerarse finalizado, había otros que no tanto. Recuérdese que bajo la legalidad anterior a la LCSP hubo jueces y tribunales civiles –los menos– que se declararon incompetentes en litigios referidos a tarifas (no a tasas) que pretendían cobrar las empresas gestoras.

Debe explorarse la reforma en busca de alguna luz y esa luz podría encontrarse en el artículo 27 de la LCSP.

El artículo 27 de la Ley 9/2017 (Jurisdicción competente) determina en su apartado 1 una serie de cuestiones que serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. A continuación, mediante su apartado 2, atribuye al orden jurisdiccional civil la competencia para resolver sobre otras; una de ellas se refiere al conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Este inciso c) es un elemento que no tiene precedente en la legislación anterior.

La legislación sectorial podría estar dando solución con esto y a partir de marzo de 2018 al orden competencial en cuanto a las cuestiones que se susciten entre las adjudicatarias de los contratos de concesión de servicios públicos y los usuarios, a favor de la jurisdicción civil. Si eso fuera así podría afirmarse que el debate jurisprudencial, en este terreno, queda clausurado por la mano del legislador.

Lo que sucede es que no se puede dejar de considerar: (i) que el texto legal no dice directamente que el orden jurisdiccional civil es el competente para resolver el conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a las reclamaciones de pago de las tarifas por parte de las gestoras adjudicatarias de estos contratos o a las discrepancias de los usuarios con la determinación de cantidad u otros elementos efectuada por la gestora; (ii) que todavía no ha habido ocasión para que un juez o tribunal haya tenido que interpretar la letra de dicho texto; (y iii) que entre los muy numerosos estudios doctrinales relativos tanto a la novedosa figura de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias como, en general, a los contratos de concesión de obra pública o de concesión de servicios, tampoco he localizado comentarios que refuerzen esa afirmación<sup>81</sup>.

Una interpretación del precepto que abone la afirmación efectuada podría partir de la idea de que el concesionario explotará los servicios objeto del contrato como contrapartida básica de su tarea: en esos términos tendría sentido la expresión “financiación privada” del contrato de concesión de servicios. La contrapartida, además (supongo que también en vez de) puede acompañarse del derecho de percibir un precio de la administración concedente. Esa sería la “financiación pública” del contrato.

En los artículos 271 y siguientes en relación con el contrato de concesión de obra se habla de la *financiación privada*, referida a la emisión de títulos por el concesionario, la hipoteca de la concesión o los créditos participativos. No hay una sección equivalente para el contrato de concesión de servicios, bien es cierto que el artículo 297 establece la supletoriedad de lo previsto respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél.

Por desgracia, el texto legal no ofrece la claridad necesaria para poder asegurar con rotundidad que algo ha cambiado de manera definitiva. Es en este sentido en el que puede mantener su vigencia y no haber perdido un ápice de actualidad la mayor parte del debate explicado y detallado a lo largo de este trabajo referido a la legislación anterior a la LCSP. Dicho sea sin perjuicio de lo que se aborda en los siguientes dos subapartados.

### 3. POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 27.2.C) DE LA LCSP A LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

Podría suceder que la cuestión se considerase cerrada para las tarifas de las concesionarias de servicios –por causa del artículo 27 de la LCSP– y sin embargo no respecto de las tarifas de las empresas públicas, particularmente en cuanto a las sociedades públicas, que son realmente las más relevantes en el terreno de la gestión directa. Si se pudiera aceptar que el artículo 27, al referirse a las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada de las concesionarias, contiene la respuesta legal al problema de las tarifas de estas, a continuación, quedaría un largo camino para extenderlo a las sociedades públicas. Está claro que no hay pronunciamiento ni explícito ni implícito en relación con la competencia jurisdiccional de las cuestiones que se susciten entre las sociedades públicas encargadas de prestar el servicio público y los usuarios. El artículo 27 mal podía entrar en ello, ya que habla de contratación pública en una ley de contratos del sector público.

Bastante es con que el artículo 32 haya dado algunas pautas sobre las tarifas de las empresas públicas –siendo que tampoco una ley como esta sería su lugar natural–.

Ahora bien, pueden considerarse estos dos argumentos. De una parte, que se ha disuelto *ministerio legis* la posibilidad de que las exacciones de las empresas públicas se conformen como tasas, de manera que el razonamiento principal con el que algunos jueces y tribunales defendían la competencia del orden contencioso-administrativo ha quedado bloqueado.

Y, de otra parte, estamos ante exacciones –las de las concesionarias y las de las empresas públicas– que están reguladas en los mismos preceptos de la LCSP, de la LGT, de la LTPP y del TRLHL y que tienen un sentido similar. Se podría considerar, con todas las precauciones, que el artículo 27, sin referirse a las empresas públicas, “refuerza” la competencia de la jurisdicción civil.

### 4. PRESTACIONES PATRIMONIALES COACTIVAS EXIGIDAS A LOS USUARIOS CON ALGUNA

## VARIACIÓN CIRCUNSTANCIAL QUE NOS APARTE O NOS PUEDA APARTAR DE LOS ESQUEMAS EXAMINADOS

Evitando descentrar el hilo de este trabajo no he querido entrar en el importante debate de fondo sobre tasas, precios y tarifas avivado con la aprobación de la LCSP. Todo es perfectible, pero esta reforma me parece algo de mucho más calado que la lamentable supresión de aquel párrafo de la LGT en que se tradujo la modificación perada por la Ley de Economía Sostenible de 2011. Estamos ante algo que sería que llevaba mucho tiempo bastante desquiciado y es esperable que el nuevo régimen ponga algo de orden. La reforma ha sido abrazada por el TC, por lo que al menos la parte nuclear parece salvaguardada.

Otra cosa son los numerosos matices que, con más o menos razón está desarrollando la doctrina y que, en tanto que sí describan desviaciones correctas sobre lo que hubiera parecido la línea básica, quizás entrañen modificaciones respecto de la competencia jurisdiccional. A ello han contribuido sobre todo ciertos cambios legales sobre el régimen jurídico de los contratos del sector público subyacentes.

Parece que el esquema según el cual siempre que actúe una empresa pública o una concesionaria y los usuarios paguen una contraprestación por el servicio que se les presta pueda tener excepciones. No creo que la excepción al régimen universal sea tan evidente y si se admite lo será forzando las disposiciones adicionales 43.<sup>a</sup> de la LCSP y 1.<sup>a</sup> de la LGT y sobre todo el apartado 6 del art. 20 del TRLHL, fundamental a los efectos de lo que nos ocupa. Este precepto afirma sin más que las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de servicios públicos obligatorios o monopolizados “realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”.

Veamos no obstante algunas de las situaciones advertidas por los autores, que las podemos agrupar en tres bloques.

En primer lugar, la LCSP, siguiendo la normativa comunitaria, ha hecho desaparecer la figura del contrato de gestión de servicio público, surgiendo en su lugar la nueva figura de la concesión de servicios. El hecho de que deba haber transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario hace que solo en estos casos hablemos de contrato de concesión de servicios, tratándose si no de un mero contrato de servicios<sup>82</sup>). La exposición de motivos de la ley advierte que determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico anterior se calificaban como de gestión de servicios públicos, pasan ahora a ser contratos de servicios y no concesiones de servicios. Perfectamente pueden entrañar prestaciones directas a favor de los ciudadanos y pagos por parte de estos ciudadanos a la empresa gestora del servicio. Como dice Laguna de Paz, *quién paga la prestación* no permite sustentar la distinción entre estos dos contratos, explicando que en la concesión son los ciudadanos los que normalmente pagan el coste, pero que por diversas razones incluso ese coste podría ser asumido íntegramente por la Administración; por el contrario, en el contrato de servicios a los ciudadanos, pueden ser los ciudadanos los que paguen el servicio<sup>83</sup>).

Supongamos que se trate de un contrato de servicios con prestaciones a los ciudadanos –cuyo objeto puede ser exactamente el mismo que el que en otra ciudad se haya diseñado como concesión de servicios– y que los ciudadanos paguen la contraprestación económica a la que se refiere la letra b) del artículo 312 de la LCSP. Pues bien, algunos autores dudan de que la naturaleza de estas contraprestaciones sea la de prestación patrimonial de carácter público no tributaria (tratándose obviamente se servicios obligatorios o monopolizados en los términos del artículo 2 de la LGT y 20.1 del TRLHL)<sup>84</sup>).

Personalmente creo que hay suficientes argumentos para que las contraprestaciones deban calificarse en estos casos como de prestaciones patrimoniales de carácter público y estaría más de acuerdo con tesis como la mantenida por Falcón y Tella, pero es claro que ese no es el objeto de este trabajo<sup>85</sup>).

Pensemos, en el terreno puramente dialéctico, que esas contraprestaciones en el terreno del contrato dejan de tener la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. Supongamos entonces que las prestaciones deban ordenarse como tasas –que también es mucho suponer–. ¿Cómo tratar las cuestiones litigiosas? ¿Qué orden es el competente? Para responder a esto ha de volverse atrás y, ahora sin los matices de la LCSP, situarnos exactamente en el lugar y momento inmediatamente anterior a la entrada en vigor de esta ley. En coherencia con lo que se ha defendido en este trabajo no necesariamente se deberían residenciar los conflictos en el orden contencioso-administrativo, por las mismas razones expuestas y atendiendo a los mismos antecedentes jurisprudenciales.

En segundo lugar, supongamos un encargo a personificación privada o una concesión de servicios en la que el régimen económico-financiero establecido define que los usuarios paguen no a la gestora sino a la administración que encarga o es concedente. Adviértase que esto, en relación con el contrato de concesión de servicios, no tiene por qué eliminar la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos vistos *supra*<sup>86</sup>).

Una importante corriente doctrinal sostiene que, en tal caso, la naturaleza solo puede ser la de tasa y probablemente no les falta razón. Tornos lo explicó de manera temprana: “*esta referencia a la tarifa no excluye que se haga también referencia a que el concesionario pueda recibir el pago directamente de la administración, la cual para proceder a este pago puede cobrar una tasa por la prestación del servicio o puede pagar al concesionario directamente del presupuesto general*<sup>87</sup>”.

Dado que el artículo no se propone resolver esta interrogante, se van a contemplar las dos opciones en relación con la competencia jurisdiccional. Si se trata de una tasa, la competencia jurisdiccional sobre las cuestiones litigiosas sería del orden contencioso-administrativo, siendo parte (demandada) la administración correspondiente. Nótese que todo el acervo de decisiones manejadas, vinculadas a la figura tributaria de la tasa, jugaban en un escenario en el que las empresas gestoras actuaban como demandantes o como demandadas, no siendo extrapolables a esta situación. Si, por el contrario tiene que ser ordenada como prestación patrimonial de carácter público, la respuesta sería la misma, y ello sin que pueda afectar el artículo 27 de la LCSP en ninguna de sus interpretaciones, pues aunque definiéramos los litigios como relativos a la financiación privada del contrato de concesión de servicios, obraría la salvedad relativa a actuaciones en ejercicio de potestades administrativas atribuidas a la Administración concedente (en las que es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo).

Todo lo dicho hasta ahora lo mantendría igual, salvando las distancias, respecto de las contraprestaciones en el caso de contrato de servicios.

Y, en tercer lugar, hay autores que han defendido que aun en los casos más extremos, esto es, en los que hay una concesión de servicios y se cobra a los usuarios una contraprestación, se puede optar por exigir una tasa en vez de una tarifa, opción a la que personalmente no le veo cobertura legal<sup>88</sup>). En coherencia con lo escrito hasta ahora, aplicaría para los litigios que se produjeran en este contexto las mismas soluciones que defendidas respecto de la legalidad anterior a la LCSP, a las que me remito.

## VI. CONCLUSIONES

Resulta dramático desde la perspectiva del estado de derecho que no haya luz sobre una cuestión importante, que afecta a la ciudadanía en general, como usuaria de los servicios públicos, y que afecta a la propia prestación de servicios tan relevantes como el agua o las basuras, dado que una mala definición de la competencia jurisdiccional podría provocar una resistencia civil a los pagos.

Para comenzar a explicar esta sinrazón, diré que bajo la legalidad anterior a 9 de marzo de 2018, fecha en la que entra en vigor la LCSP, aunque la literalidad de normas como la LOPJ y la LJ parecerían abonar la competencia de la jurisdicción civil para resolver asuntos relacionados con la facturación a los usuarios realizada por empresas privadas o mixtas concesionarias de servicios públicos, o bien con sociedades de capital íntegramente público, hay un buen número de resoluciones judiciales, de órdenes diversos, contradictorias entre sí.

La hipótesis de que se habían ordenado mal ciertas tarifas, en cuanto su verdadera naturaleza era la de tasa, fue desmontada por el TS, a la vista de su última jurisprudencia. De todas formas, no está tan claro que respecto de las cuestiones que afectan a tributos, no habiendo una parte que tenga la naturaleza de Administración pública (lo que ha existido y existe) deba abstenerse la jurisdicción civil. Es una afirmación que, con carácter general, es discutible, como acredita el hecho de que muchos jueces y tribunales de lo civil no declinen su competencia en esos casos.

Esa generalización en ningún caso se extrae de la LOPJ y LJ en conexión con la LGT, la LBRL y el TRLHL.

No era aceptable la equiparación de las sociedades públicas a las administraciones públicas a la hora de determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si hay actuaciones en las que están involucradas las administraciones públicas sometidas al control jurisdiccional del orden contencioso lo será porque sean actuaciones “sujetas al Derecho administrativo”, lo que en los términos de los llamados vicarios de las administraciones públicas habrá que situarlo además en los casos en los que se hayan conferido potestades administrativas. La situación parece perfectamente equiparable a las de las concesionarias de servicios que pretenden cobrar de los usuarios las correspondientes contraprestaciones (y que en muchos casos se trataba de tasas en la legislación anterior a la

LCSP).

Carece de trascendencia invocar preceptos como el artículo 13 de la LJ, que no determina el orden jurisdiccional sino la competencia territorial de los jueces y tribunales del propio orden contencioso-administrativo.

Y tampoco parece un argumento decisivo el empleo de la doctrina del levantamiento del velo, más en casos de empresas públicas que en ningún caso pretenden utilizar su personalidad jurídica como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico.

Cuando no te confieren potestades administrativas en relación con el cobro de las cantidades debidas, lo que corresponde es acudir a la jurisdicción civil para obtener el necesario auxilio para la satisfacción del crédito. Otra cosa sería que sí se ejercitasen esas potestades administrativas, como en el caso de que hubiera conferido a la gestora y se emplease el procedimiento de apremio.

Que se trate de reclamaciones de cantidad efectuadas por las gestoras y no demandas inicialmente formuladas por los usuarios contra las referidas gestoras refuerza todavía más la competencia de la jurisdicción civil. Se observa un cierto sesgo en la práctica judicial para intensificar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la civil en los casos en los que las demandas fueron formuladas por los usuarios contra las gestoras.

En fin, la competencia del orden civil viene determinada por la falta de competencia de otra jurisdicción. Las reclamaciones de cantidad de las gestoras nunca podrían formalizarse ante los juzgados o tribunales de contencioso-administrativo, porque el usuario no puede ser demandado en procedimientos de este tipo. Una empresa pública o una concesionaria, que no disponen de la vía administrativo de apremio, si no puede reclamar el pago ante el orden civil, no puede hacerlo de ningún modo.

A partir del día 9 de marzo de 2018, cuando entra en vigor la nueva LCSP, hay un panorama diferente. Las tarifas exigidas por empresas públicas o concesionarias, en los términos marcados por la ley, son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, por lo tanto, no son tributos, lo que anula ciertos argumentos empleados a favor de la incompetencia de la jurisdicción civil.

La aclaración contenida en el artículo 27 de la LCSP, referida a las concesionarias de servicios públicos, es un nuevo argumento a favor de la competencia de la jurisdicción civil en las cuestiones litigiosas relativas a las contraprestaciones que deben pagar los usuarios, bien es cierto que la letra de la ley no es lo suficientemente clara. En buena lógica, en relación con las sociedades públicas se debilita más el argumento de refuerzo.

La situación normativa posterior a la LCSP abona que sea la jurisdicción civil y no la contencioso-administrativa la que deba resolver estos litigios. Lo abona pero no lo asegura, por lo que podemos encontrarnos en una situación no tan diferente de la previa a la entrada en vigor de esta Ley. En este contexto no puede descartarse que el debate jurisprudencial se mantenga en los términos previos a la LCSP.

Hay además ciertas estructuras en las que puede ser necesario matizar esta afirmación general.

Para concluir, vuelvo al comienzo de estas conclusiones y pido al legislador que dedique unos minutos de su tiempo a solucionar de verdad y de una vez las dudas planteadas.

## VII. NOTA DE BIBLIOGRAFÍA

Acín Ferrer, Ángela (2018), "Las tarifas, nueva categoría de ingresos locales ", La administración práctica, núm. 4, pág. 41-52.

Alemany Garcías, Juan y Moreno Molina, José Antonio (2019), *El contrato de concesión de servicios: un estudio jurídico*, Iustel.

Amo Galán, Óscar del (2019), "Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Aspectos prácticos", Carta tributaria. Revista de opinión, núm. 46.

Amo Galán, Óscar del (2019b), "Tasa o prestación patrimonial de carácter público no tributaria en el caso de un servicio público local prestado por el ayuntamiento a través de una sociedad de carácter instrumental", Carta Tributaria Revista de Opinión, núm. 56, pág. 60-65.

Colom Piazuelo, Eloy; Embid Tello, Antonio Eduardo; Jiménez Compaired, Ismael; Molinos Rubio, Lucía María; Setuán Mendía, Beatriz; Valcárcel Fernández, Patricia; Embid Irujo, Antonio (2019), "Bienes públicos y patrimonio cultural", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 201, pág. 289-318.

Fernández Pavés, María José (2018), "¿Cómo queda la financiación de servicios públicos? Tasas, prestaciones patrimoniales públicas o tarifas y precios públicos", en *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Tirant lo Blanch, pág. 83-137.

Falcón y Tella, Ramón (2018), "Las tarifas que abonan los usuarios de un servicio público como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias", *Quincena fiscal*, núm. 5, pág. 9-18.

Gimeno Feliú, José María, Dir. (2018), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi.

Hernández González, Francisco L. (2018), *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi.

Jiménez Compaired, Ismael (2012), "El régimen económico-financiero de la distribución de agua", en *Agua y ciudades*, Civitas, pág. 79-161

Litago Lledó, Rosa (2019), "La desaparición legal de la parafiscalidad: Análisis de la nueva disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LGT conforme al artículo 31 de la CE", *CEF Contabilidad y Tributación*, núm. 430, pág. 75-110.

Liset Borrell, Francisco (2003) "Los actos de los vicarios y de los entes instrumentales jurídico-privados de la Administración pública como objeto del proceso contencioso-administrativo", en *La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, pág. 497-510 .

Martínez-Alonso Camps, José Luis (2018), "La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local", *La Administración al Día*, INAP, 01/02/2018.

López Mora, M.<sup>a</sup> Eugenia (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier.

Pagès i Galtés, Joan (2019), "Las subtasas derivadas de la parafiscalidad reinstaurada por la ley de contratos del sector público de 2017", *Revista española de derecho financiero*, núm. 181, pág. 33-78.

Saz, Silvia del (2018), "El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)", en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pág. 545-569.

Tornos Mas, Joaquín (2018), "El contrato de concesión de servicios", en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pág. 1447-1484.

\* Trabajo financiado por el Gobierno de Aragón (Grupo de Investigación Agudema, Agua, Derecho y Medio Ambiente S21\_17R) y cofinanciado con Feder 2014-2020 "Construyendo Europa desde Aragón". Igualmente el trabajo debe entenderse incluido en el Proyecto de Investigación "Retos actuales del saneamiento de aguas residuales: derivadas jurídicas, económicas y territoriales", con especial atención al caso de Aragón (2018-2020, ref. LMP125\_18), concedido por el Gobierno de Aragón.

1 No abundaré en los razonamientos que condujeron a la declaración de nulidad de los preceptos que en la Ley estatal 8/1989, de 13 de abril (LTPP), delimitaban las actividades por las que se podía exigir un precio público. Pero no sería excusable dejar de consignar que algunos contenidos de la sentencia son imprescindibles para entender la respuesta que debe darse *ex lege* a la catalogación del universo de las tasas, precios y tarifas, en los términos que interesan a este artículo. La interpretación que se hace de esta resolución es que el TC apuesta por un concepto material de prestación patrimonial coactiva, vinculado a ciertas actividades o servicios cuya retribución ha de ser necesariamente la de una prestación sometida a las exigencias de la reserva de ley. Por ejemplo, a las actividades que pueden considerarse imprescindibles para la vida privada o social de los ciudadanos. Incluso en ámbitos como el local se trasladaron al texto legal específico de reacción (estamos en 1998) algunas de sus inquietudes.

2 RJ 2016, 100 y RJ 2015, 5098.

3 Ley por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 272, de 9 de octubre).

4 Lo más relevante: la Disposición final undécima de la LCSP modifica la Disposición adicional primera de la LGT; La

Disposición final duodécima, a su vez, vendrá a proveer la modificación del TRLHL, añadiéndose un nuevo apartado 6 al artículo 20.

5 Sin ánimo de exhaustividad, pero con base en un estudio no anecdotico, he localizado abundantes ordenanzas en las que formalmente se aprobaron “prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias” relativas a servicios prestados por empresas públicas (servicios y actividades relacionados con la higiene pública y el control animal, aprobada por el ayuntamiento de Córdoba; actividades relacionadas con residuos sólidos urbanos, del ayuntamiento de Gijón o de la mancomunidad de servicios de la provincia de Huelva; retirada de vehículos de la vía pública con grúa, del ayuntamiento de Málaga o transporte público urbano regular, del de Donostia) o por empresas privadas o mixtas, concesionarias de servicios (servicios funerarios en los ayuntamientos de Andújar, Colmenar de Oreja, Granada, Oviedo, Torrelodones o Castellón; servicios de la estación de autobuses en el ayuntamiento de Andújar; servicios de transporte urbano colectivo en los ayuntamientos de Andújar, Dos hermanas o Puente Genil; servicios de retirada de vehículos de la vía pública con grúa, de los ayuntamientos de Córdoba o Granada; servicios de aparcamiento público en el ayuntamiento de Linares; servicios deportivos varios en los ayuntamientos de San Sebastián de los Reyes, Torrelodones o Guadarrama). De muchas ordenanzas no se extrae la calidad de la gestora (transporte público, en los ayuntamientos de Alcoy y Osuna; cementerios en el ayuntamiento de Barcelona; servicios deportivos varios en el ayuntamiento de Llanes; estacionamiento regulado, en los ayuntamientos de Llanes, Soria o Cangas de Onís; estación de autobuses, en el ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial; retirada de vehículos mediante grúa en los ayuntamientos de Vigo y Lorca; servicios culturales y educativos en los ayuntamientos de Castelldefels o El Cuervo; o recogida de residuos sólidos urbanos en los ayuntamientos de Palencia o Torrelavega). La eclosión se produce en relación con las tarifas del ciclo del agua: hallamos referidas a empresas públicas (ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, Diputación de Córdoba, ayuntamiento de A Coruña, Mancomunidad de municipios de la comarca del Campo de Gibraltar, ayuntamientos de Valladolid, Gijón, Sevilla o Murcia o Mancomunidad comarca de Pamplona); concesionarias (ayuntamientos de Almería, Andújar, Llanera, Vigo, Valencia, León, Langreo, Sobradiel o Castrillón o Entidad metropolitana de Servicios Hidráulicos de Valencia); o bien no se extrae la información de la ordenanza (ayuntamientos de Marbella, Avilés, Alcoy, Oviedo, Calpe, Palencia, Salas, Torrelavega, Osuna o Lorca).

6 RJ 1381.

7 Reglamento aprobado por Decreto de 17 de junio 1955 (BOE 15 julio 1955, núm. 196). Decía lo siguiente: “*La Corporación concedente podrá otorgar al concesionario: (...) 2.º Utilización de la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio*”. A muchos les sorprende que hoy sea siquiera pensable esta situación y, en la práctica, no se da. Como curiosidad, obsérvese la adaptación de toda la reforma de las prestaciones patrimoniales de carácter público al ordenamiento navarro. En efecto, en la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, se introduce un nuevo apartado 7 en el art. 100, que sería el equivalente al artículo 20.6 del TRLHL (lo hace la Ley Foral 3/2019, de 24 de enero). Pues bien, tras un texto de contenido similar al del territorio común se lee lo siguiente: “*Las deudas derivadas de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario podrán exigirse por el procedimiento de apremio por los órganos de recaudación de la entidad local*”. En fin, aquí ya no estamos ante un texto del franquismo temprano que interpretar conforme a los tiempos que corren.

8 Nadie discute nada de este inciso en el plano jurídico, y se considera que ofrece tres supuestos: el referido a los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente y los dos anotados. Un análisis sintáctico y semántico más bien diría que son dos, de una parte, los actos de control o fiscalización de los concedentes respecto de los actos dictados por los concesionarios que impliquen ejercicio de potestades administrativas y, de otra, los de los propios concesionarios de conformidad con la legislación sectorial. La clave semántica es sin duda el adjetivo “propios” referido al último caso. No se discute, y no será aquí donde se haga.

9 Liset Borrell (2003), pág. 449.

10 Si el tribunal considera que carece de jurisdicción por corresponder el asunto de que se trate a los tribunales de otro orden jurisdiccional, en el auto en el que se abstenga de conocer señalará a las partes ante qué órganos han de usar de su derecho. Igual resolución se dictará cuando el tribunal entienda que carece de competencia objetiva.

11 Dice el apartado 1 que contra el auto absteniéndose de conocer por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional cabrá recurso de apelación. Según el apartado 2, contra el auto por el que se rechace la falta de competencia de jurisdicción solo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.

12 Una sala presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno.

13 En este análisis hay puntos en los que la precisión de la información no es sencilla, pues la sentencia o el auto dicen lo que dicen –y no más–. Es el caso de la naturaleza de la prestación (tasa o tarifa), pero también a la circunstancia de que la sociedad sea de capital público al 100 por ciento o no. Téngase en cuenta que las entidades van cambiando de naturaleza (entidades públicas empresariales que se convierten en sociedades mercantiles) y, en el caso de sociedades, su accionariado se puede haber modificado, por causa de privatizaciones parciales o incluso totales.

14 Cfr. Jiménez Compaired (2012), pág. 111-117.

15 Los autos de la AP de A Coruña de 7 de marzo de 2006 (JUR 2007, 324232) y 11 de mayo de 2006 (JUR 2007, 324202). Declaran la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por el Servicio de Aguas Residuales Ría de Corcubión, exigiendo del usuario las tasas aprobadas por la Mancomunidad (tasas en el ciclo del agua).

16 El auto de la AP Cádiz de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012, 351997). Declara la jurisdicción para conocer de la reclamación interpuesta por la Empresa Municipal de Algeciras, EMALGESA, empresa mixta concesionaria (tasas en el ciclo del agua).

17 El auto de la AP Jaén de 13 de octubre de 2004 (JUR 2005, 23893). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por la concesionaria (tasas en el ciclo del agua).

18 La sentencia de la AP Las Palmas de 21 de mayo 2002 (JUR 2002, 189993). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por Aguas de Arguineguín, exigiendo del usuario la tasa de depuración de aguas (aunque no le da la razón). En el caso resuelto por la sentencia de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005, 108927), referida a la misma empresa, se entra a resolver la reclamación de cantidad, sin que se haga cuestionamiento de la competencia de la jurisdicción civil.

19 La sentencia de la AP de León de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005, 109960). Entra en el fondo de la cuestión en relación con la reclamación interpuesta por concesionaria de servicio de camping municipal en relación con la facturación al usuario.

20 La sentencia de la AP de Madrid de 13 de febrero de 2012 (JUR 2012, 104699): resuelve en vía civil el conflicto en relación con el pago de tasas del ciclo del agua a la concesionaria Aqualia, en el término municipal de Illescas (Toledo).

21 La sentencia de la AP de Málaga de 8 de octubre de 1998 (AC 1998, 7368). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por Aquagest, exigiendo de los usuarios incluso tasas debidas al ayuntamiento antes de formalizarse el contrato de concesión en las que se había subrogado (tasas en el ciclo del agua).

22 El auto de la AP de Soria de 23 de junio de 2004 (JUR 2004, 226341). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por la concesionaria, en el término municipal se Soria (tasas en el ciclo del agua).

23 El auto de la AP de Jaén de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 139316). Declara la incompetencia de la jurisdicción civil en relación con las reclamaciones de cantidad sobre los usuarios realizadas por la empresa mixta Linagua (tasas en el ciclo del agua).

24 La sentencia de la AP de León de 20 de mayo de 2014 (AC 2014, 1022). Declara la incompetencia de la jurisdicción civil en relación con las reclamaciones de cantidad sobre los usuarios realizadas por la empresa Aquagest en el término municipal de Navetejera (tasas en el ciclo del agua).

25 La sentencia de la AP de SC Tenerife de 25 de octubre de 2004 (JUR 2004, 302564). Considera la incompetencia de la jurisdicción civil en relación con las reclamaciones de cantidad sobre los usuarios realizadas por la empresa mixta Teideagua en el término municipal de La Laguna (tasas en el ciclo del agua).

26 La sentencia de la AP de Alicante de 19 de junio de 2007 (JUR 2008, 8616). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por la concesionaria Aquagest, en el término municipal de Benidorm (tarifas en el ciclo del agua).

27 El auto de la AP Almería de 23 de septiembre de 2010 (JUR 2012, 50079), entre otros similares. Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por la concesionaria Almerimar, en relación con las tarifas portuarias.

28 El auto de la AP de Ávila de 18 de julio de 2018 (JUR 2018, 294944). En la pretensión deducida por AQUONA Gestión de Aguas de Castilla SA se estima el recurso, revocando la sentencia del juzgado, que apreció incompetencia de jurisdicción (tarifas en el ciclo del agua).

29 La sentencia de la AP de Baleares de 13 de mayo de 2015 (JUR 2015, 164983). Declara la jurisdicción para conocer de las reclamaciones interpuestas por la concesionaria que gestiona servicio por la gestión de residuos de construcción, demolición, voluminosos y neumáticos fuera de uso. Las sentencias de dicha Audiencia de 26 de mayo de 2017 (JUR 2017, 173675) y 8 y 29 de junio de 2017 (JUR 2017, 212037 y 220892), no cuestionan la competencia del orden civil en relación con las reclamaciones efectuadas por la concesionaria de la gestión de fangos de depuradora (TIRME) en cuanto a la tarifa del Consejo Insular Mallorca girada por cierto a la empresa pública municipal que gestionaba la depuradora.

30 El auto de la AP de Barcelona de 15 de mayo de 2019 (JUR 2019, 163102), desestimatorio de la apelación del usuario contra FCC Aqualia, no entra para nada en la cuestión competencial (tarifas en el ciclo del agua).

31 El auto de la AP de Granada de 25 de abril de 2005 (JUR 2005, 137987) confirma la resolución del juzgado, estimatoria del proceso monitorio formalizado por Aguas y Servicios de la Costa Tropical de Granada, contra el usuario, en relación con tarifas del ciclo del agua.

32 La sentencia de la AP Las Palmas de 23 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 82764). No cuestiona la competencia del orden civil en la reclamación de cantidad efectuada por la concesionaria Gestión de Aguas del Norte (tarifas del ciclo del agua). La sentencia de la AP Las Palmas de 23 de junio de 2008 (JUR 2008, 301327), hace lo propio en relación la demanda interpuesta por Aguas de Arguineguín, en relación con las tarifas del ciclo del agua del municipio de Mogán. La sentencia de la AP de Las Palmas de 20 de abril de 2012 (JUR 2012, 210619) no cuestiona la competencia del orden civil en relación con las tarifas exigidas por Fuert Can, adjudicataria de servicios del agua en el término municipal de Canada del Río.

33 La sentencias de la AP de Madrid de 25 de mayo, 8 de junio, 15 de junio y 1 de julio de 2004 (JUR 2004, 245910, 244853, 245216 y 267919). Declaran la competencia en relación con la reclamación de cantidades por la concesionaria Hidrogestión, en el término municipal de Boadilla del Monte (tarifas por servicios del ciclo del agua). La sentencia de la AP de Madrid de 26 de febrero de 2009 (JUR 2009, 224061) para nada cuestiona la competencia del orden civil en relación con la reclamación de cantidad por Aquagest, en el término municipal de Arenas de San Pedro (tarifas del ciclo del agua). Y tampoco se cuestiona en el caso resuelto por la sentencia de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018, 149003), en cuanto a las tarifas del agua que pretendía cobrar Aquona Gestión de Aguas de Castilla en el municipio de El Espinar (Segovia).

34 El auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de julio de 2018 (núm. recurso 795/2017, no incluido en el repertorio Aranzadi), resuelve la declinatoria de jurisdicción planteada, estimando la competencia de la jurisdicción civil. A partir de aquí se dictan sentencias como las de 4 de octubre de 2018 (AC 2019, 718) y 6 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 132242), en cuanto a las tarifas del agua de la Empresa Mixta de Aguas de Santa Cruz (EMMASA), estimando las apelaciones de EMMASA, habiéndose invocado argumentos referidos a la competencia jurisdiccional. Otros casos posteriores relativos a la misma empresa, como los resueltos por las sentencias de 5 y 12 de abril de 2019 (AC 2019, 1227 y JUR 2019, 230708) y de 14 de mayo de 2019 (JUR 2019, 230992), se abonan a la competencia de la jurisdicción civil de manera implícita, pues nadie la cuestiona.

35 La sentencia de la AP de Valencia de 5 de febrero de 2001 (JUR 2001, 134264). No cuestiona la competencia del orden civil en relación con las tarifas exigidas por Hidra Gestión Integral del Agua, adjudicataria del servicio en el municipio de Sueca.

36 JUR 2015, 247020.

37 JUR 2018, 257247.

38 Sentencia de la AP de A Coruña de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 257329). Declara la competencia de la jurisdicción civil en relación con reclamación sobre el recibo emitido por Gestagua en el término municipal de Noia (tasas en el ciclo del agua).

39 La sentencia de 12 de abril de 2019 (JUR 2019, 244304), referida a tasa del agua percibidas por FCC Aqualia en el municipio de Torrox: no se cuestiona en absoluto la competencia de la jurisdicción civil.

40 Sentencia de la AP de Toledo de 9 de mayo de 2012 (JUR 2012, 243133). Referida a la demanda interpuesta por usuarios en relación con la facturación emitida por la concesionaria Gestión y Técnicas del Agua en el término municipal de Torrijos (tasas en el ciclo del agua).

41 RJ 1381.

42 El primer caso es el de la sentencia de 9 de junio de 2004 (JUR 2004, 204289), en relación con la devolución solicitada por el usuario a la entidad concesionaria Fuert Can, que prestaba servicios del ciclo del agua en el término municipal de Pájara. El segundo caso es el resuelto por la sentencia de 12 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 126269), en cuanto a las tarifas exigidas por la Empresa Mixta de Aguas Las Palmas: no cuestiona para nada la competencia de la jurisdicción civil.

43 AC 2001, 1847.

44 JUR 2005, 149735.

45 JUR 2013, 207291

46 En términos similares la sentencia de esta AP de Málaga de 4 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 376218).

47 (i) La sentencia de la AP de Málaga de 30 de octubre de 2000 (JUR 2001, 45744). Declina la competencia en relación con la reclamación de cantidad de la empresa pública EMASA, en Málaga (tasas del ciclo del agua), estimando la apelación del usuario, al que el juzgado sí le había condenado. Obsérvense las contradicciones de esta sentencia con lo que vimos *supra*. La sentencia de la AP Málaga de 27 de febrero de 2001 AC 2001, 2097) confirma la incompetencia de jurisdicción que ya había reconocido previamente el Juzgado en otro supuesto que involucra a la empresa pública EMASA [En sentido parecido la sentencia de la AP de Málaga de 27 de septiembre de 2006 (AC 2007, 769)]. La sentencia de la AP Málaga de 29 de julio de 2001 (AC 2001, 2574) también confirma la incompetencia de jurisdicción que había reconocido el juzgado en un caso de reclamación de cantidades por la empresa pública ACOSOL (tasas del ciclo del agua). En sentido parecido la sentencia de la AP de Málaga de 10 de abril de 2003 (JUR 2003, 143004). La sentencia de la AP Málaga de 10 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 280512). Declina la competencia en relación con la reclamación de cantidad de ACOSOL (tasas del ciclo del agua), estimando la apelación del usuario, al que el juzgado sí le había condenado. (y ii) El auto de la AP de Sevilla de 16 de junio 2005 (JUR 2005, 264995). Declina la competencia en relación con la reclamación efectuada por Mercasevilla, confirmando la resolución del juzgado.

48 La sentencia de la AP Almería de 25 de octubre de 2016 (JUR 2017, 87436). Declara la competencia en relación con las tarifas de la empresa pública ACUAMED contra ayuntamientos y particulares.

49 La sentencia AP de Granada de 3 de mayo de 2013 (AC 2013, 1458). Declara la competencia en relación con las tarifas de la empresa pública Aguas Vega Sierra Elvira, encargada de prestar el servicio de la titularidad del Consorcio Municipal para el Desarrollo de la Vega de Sierra Elvira.

50 La sentencia de la AP de Madrid de 15 de octubre de 2009 (JUR 2010, 20575). Reconoce la competencia en relación con las tarifas del Canal de Isabel II. Lo mismo sucede en los casos resueltos por las sentencias de este tribunal de 22 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 40959); 6 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 320857) y 10 de junio de 2019 (JUR 2019, 214576), todas en relación con la misma empresa autonómica. En ninguna de ellas se plantea la cuestión.

51 La sentencia de la AP de Murcia de 10 de junio 1998 (JUR 1998, 97243). Reconoce la competencia en relación con las tarifas exigidas por la empresa pública, EMUASA (tasas del ciclo del agua). Lo mismo ocurre con la sentencia de este tribunal de 18 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 253321), referida a la misma empresa. Querría entender que la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de diciembre de 2014 (AC 2015, 279) mantiene estas tesis respecto de casos análogos: ello sería así si realmente EMMASA, que ya la conocemos, era en la época de los autos un ente instrumental mediante el que el servicio público se gestionaba de forma directa. Ya hemos visto casos posteriores en los que EMMASA era una empresa mixta.

52 Se trata primero de la sentencia de la AP Baleares de 31 de octubre de 1996 (AC 1996, 1977). El juzgado declina la competencia respecto de la reclamación de cantidad efectuada por la empresa pública EMAYA (tarifas por recogida de basuras), desestimando la apelación la sala.. También la sentencia de la AP de Baleares de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 99834), respecto de la misma empresa, aunque en el ámbito del ciclo del agua.

53 Si bien en casos anteriores, como el resuelto por la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 23236) ya había avanzado sus tesis, las desarrollará con mucha mayor amplitud en el auto de 30 de octubre de 2017 (no recogido en el repertorio Aranzadi).

54 JUR 2013, 213362. En recurso se interpone contra la desestimación tácita de la Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia Primera del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

55 Alegaba además la inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, por cuanto, aun aceptando la tesis de la actora en cuanto a la verdadera naturaleza de la exacción y por consiguiente la competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, no se habría agotado la vía administrativa previa, es decir, la reclamación económico-administrativa, sin que resulte posible la interposición de un recurso "per saltum" en el ámbito tributario.

56 La desestimación presunta del recurso interpuesto contra la resolución de 23 abril 2008 de la Comunidad de Madrid y subsiguientes resoluciones del Canal de Isabel II que en definitiva son ejecución de la misma.

57 En lo que se refiere a la segunda causa de inadmisibilidad –la falta de agotamiento de la vía administrativa previa por la imposibilidad de acudir al recurso "per saltum" en el ámbito tributario–, la respuesta vendría determinada por la conclusión que se obtuviera en cuanto a la naturaleza de la tarifa de depuración.

58 Y, de reflejo, no tiene necesidad de examinar la segunda causa de inadmisibilidad alegada.

59 Sentencia de 2 diciembre 2015 (RJ 2016, 107).

60 JUR 2013, 125496.

61 En la misma dialéctica se sitúa la sentencia del TSJ de Madrid de fecha 3 de febrero de 2015 (JUR 2015, 109955). El recurso se deduce contra la resolución de la Junta Superior de Hacienda de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 8 de marzo de 2012, que declaró inadmisible una reclamación económico-administrativa interpuesta frente a la desestimación presunta de declaración de nulidad de las liquidaciones giradas por el Canal de Isabel II por el concepto de depuración, con solicitud de ingresos indebidos. La actora era, con una nueva denominación, la empresa que fue actora en el caso resuelto por la sentencia de 27 de mayo de 2013 y se empleaban motivos de fondo similares. El fallo será obviamente desestimatorio. Algunos de sus razonamientos aportan argumentos añadidos sobre cuestiones colaterales del asunto, como la antes mencionada falta de agotamiento de la vía económico-administrativa, pero su tratamiento es prescindible en un trabajo con el objeto de este. Por lo demás, la sentencia de 24 de febrero de 2015 (JUR 2015, 137020) es análoga.

62 JUR 2015, 307553.

63 De acuerdo con lo dispuesto en la Estipulación 14 del Convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Soto de Real, la Comunidad de Madrid y el Canal de Isabel II que se remite expresamente al art. 10 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1984, y al art. 15 de la Ley 52/97 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

64 JUR 2017, 16123.

65 JUR 2017, 63042.

66 La gestión efectiva se efectuaba por una UTE, en función de un contrato de concesión, en el marco de las complejas relaciones interadministrativas en el ciclo del agua en esta Comunidad Autónoma.

67 JUR 2017, 124278.

68 Se trataba de un asunto relativo a puertos, en el que un grupo de titulares de amarres no estaban conformes con las cuotas giradas por la concesionaria, por una cierta actuación.

69 RJ 2009, 4294.

70 Recuérdese que ese apartado e) definía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad, esto es, marcando un claro efecto expansivo.

71 Las resoluciones que pongan fin a la vía económico-administrativa serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente.

72 La historia de este artículo 108LBRL merece unas líneas, al menos por su carácter de visionario, al recoger en su seno, veinte años antes, algo tan particular como las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. La redacción original de este precepto decía que *“Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales podrá formularse, ante el mismo órgano que los dictó, el correspondiente recurso de reposición; contra la denegación expresa o tácita de dicho recurso los interesados podrán interponer directamente recurso contencioso-administrativo”*. Las convulsiones generadas por la STC 185/1995 determinaron que tres años más tarde se reordenara el complejo universo de las tasas y los precios públicos (hablo de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre). Ahí es donde se introdujo un nuevo apartado 2 en el artículo 2 de la ley de haciendas locales, según el cual *“Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes”*. En unidad de acción se modificó el art. 108 de la LBRL, que luego se modificaría, para adecuarlo al régimen de grandes ciudades. Por si alguno tiene alguna duda, se estaba pensando en prestaciones patrimoniales que corresponde erogarlas a la entidad local, porque hoy parece que solo pueda haber prestaciones patrimoniales no tributarias que se integren fuera del presupuesto de la correspondiente administración, y no es así. ¿Qué son por ejemplos las cuotas urbanísticas que perciben los ayuntamientos en el régimen urbanístico de cooperación?

73 También la AP de Baleares había empleado argumentos similares, en relación con las tarifas que pretendía cobrar la empresa municipal EMAYA.

74 RJ 2983.

75 Vid. el comentario a esta sentencia en Colom Piazuelo y otros (2019).

76 Se ha utilizado la técnica del levantamiento del velo en sentencias como la de la AP de Málaga de 29 de julio de 2001 –por simple referencia a lo que había señalado el juzgado– y, sobre todo, en el auto 36/2008, de 18 de diciembre (RJ 2009, 4294), del TS, sala de conflictos. En este último caso lo que se busca es evitar que nadie responda a un particular afectado por las filtraciones en cañerías que dañaban su propiedad.

77 De hecho, vemos muchos casos en el ámbito no de concesionarios ni de empresas públicas, sino de corporaciones de derecho público, especialmente comunidades de regantes, que tienen conferida con claridad esta potestad. Caso por ejemplo del auto de la AP de Pontevedra de 21 de abril de 2017 (JUR 2017, 190409).

78 Se invoca el artículo 31 del Decreto 120/1991, de 11 de junio, de Andalucía (BOJA núm. 81, de 10 de septiembre) y presupongo que le interesaba algún párrafo como el que indica que en las urbanizaciones y polígonos, situados dentro del área de cobertura, y en los que las acometidas, redes interiores, enlaces de estas con los de las entidad suministradora y los refuerzos, ampliaciones y modificaciones de estas, hayan sido ejecutados por su promotor o propietario, las entidades suministradoras no podrán percibir de los peticionarios de acometidas o suministros los derechos que se regulan en este

artículo.

79 Sentencia 63/2019, de 9 de mayo (BOE núm. 138, de 10 de junio). El TC dejó constancia de qué preceptos de la LCSP, relativos al contrato de concesión de servicios, cubrían el contenido material de estas prestaciones. En cuanto a las tarifas de las empresas públicas, interesan los aspectos del artículo 32 de la Ley 9/2017 relativos a lo que llama los “Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados”. El apartado 1 del referido artículo 32 dice que los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo señalado en la ley y –ahora viene lo trascendente– dice que “a cambio de una compensación tarifaria”. Son pues las contraprestaciones económicas a que se refiere la disposición adicional primera de la LGT y el artículo 20.6 del TRLHL.

80 Falcón y Tella (2018). Dice Falcón, sobre la base de que a su parecer no pueden exigirse en apremio, que debe acudirse a la vía civil.

81 Los comentarios a la LCSP se centran en otras cuestiones y no consideran siquiera esta posibilidad [por todos, Del Saz (2018), pág. 565-569].

82 Corren ríos de tinta sobre qué sea este riesgo operacional, sus problemas para definir la dupla de contratos y la particularidad de que la regla opere respecto de los concretos suscritos tras la entrada en vigor de la LCSP, según la transitoria primera de esta ley. Teniendo en cuenta que ni puedo ni debo entrar en esta cuestión, diría que, por todos, se tuvieran en cuenta los trabajos de Alemany Garcías y Moreno Molina (2019); Hernández González (2018), o López Mora (2019). Me gusta cómo lo explica Laguna de Paz, muy crítico con el contenido de la LCSP en este punto: “*se trata de que el empresario gane más, si su gestión es más eficiente, o menos, si lo es menos y la coyuntura es peor, pero –en lo posible– sin poner en riesgo el buen fin del contrato*” [Laguna de Paz (2018), pág. 54].

83 Laguna de Paz (2018), pág. 64.

84 Así, Litago Lledó [Litago Lledó (2019), pág. 108] o Fernández Pavés [Fernández Pavés (2018), pág. 104].

85 Falcón mantiene la misma estructura explicativa que aplica al contrato de concesión de servicios “aunque la ley no precisa cual es la naturaleza de esta contraprestación” [Falcón y Tella (2018)]. Ciertamente, el párrafo segundo de la adicional 43.<sup>a</sup> de la LCSP; el párrafo quinto del apartado 2 de la adicional primera de la LGT o el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 20 del TRLHL (los que afinan que contraprestaciones tendrán tal consideración *en concreto*) mencionan la concesión y no el contrato de servicios. Pero previamente –antes de concretar– se indica en cada una de esas disposiciones que la condición de tales prestaciones se asocia a las que se perciban, entre otras, por la prestación de servicios públicos mediante gestión indirecta. Por mucho en el ámbito local, que es el que nos interesa, el art. 85.2.B) de la LBRL vincule la gestión indirecta a “*las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*” (normativa anterior) y que un precepto como la adicional 34.<sup>a</sup> de la actual LCSP diga que “*Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*”, la realidad de la gestión indirecta es más rica. Martínez-Alonso Camps la sistematiza distinguiendo, de una parte, la que llama gestión contractual, donde incluye la concesión y el contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos; y, de otra, la gestión no contractual, donde incluye el concierto social, la gestión delegada y otras modalidades reguladas en la legislación autonómica [Martínez-Alonso Camps (2018)]. Pagès i Galtés insiste en que los párrafos reproducidos son “meras concreciones no cerradas”, [Pagès i Galtés (2019)].

86 Como se ha dicho, puede haber concesiones de servicios en las que el coste íntegro se asuma por la Administración.

87 Tornos Mas (2018), pág. 1475. Con posterioridad han desarrollado estos argumentos, entre otros, Litago Lledó [Litago Lledó (2019), pág. 107] o Amo Galán [Amo Galán (2019b)]. Pagès, en cambio, advierte que la ley no hace la distinción en función del ente que proceda a su cobro. Ciertamente la literalidad de las adicionales 43.<sup>a</sup> de la LCSP, 1.<sup>a</sup> de la LGT y del apartado 6 del art. 20 del TRLHL parece no distinguir, pero no es muy lógico: más bien diría que se mantiene la naturaleza del recurso que permite financiar el servicio, sea una tasa, sea un impuesto o sea cualquier otro.

88 Dice Pagès que se ajusta a derecho la posibilidad que se regule como tasa una prestación patrimonial de carácter público exigida por servicios prestados en régimen de derecho privado, apelando a la *vis atractiva* de la tasa como cláusula de seguridad [Pagès i Galtés (2019)].