

El abastecimiento de agua potable a domicilio, un servicio público y municipal en el que no cabe el lucro.

Fernando Urruticoechea*

Resumen

El suministro público de agua potable a domicilio es un bien esencial y básico para una vida digna, por lo que no debería ser objeto de negocio por parte de los mercaderes del agua.

El abastecimiento domiciliario del agua potable es un derecho en España. La Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, establece en su artículo 26 su prestación obligatoria en todos los municipios, y en el 86.3 su carácter esencial, estableciendo la reserva obligatoria en favor de las entidades locales y su prestación en régimen de monopolio, respetando una tradición municipalista y su carácter público.

Derecho al agua

Dentro de la problemática que suscitan los derechos humanos, uno de los temas más considerados en los últimos años lo constituye el del “derecho al agua”. El acceso al agua potable y al saneamiento básico ha sido considerado como uno de los objetivos a cumplir dentro de la gran estrategia de Naciones Unidas para la década 2005-2015, centrado en paliar el número de personas que no tienen acceso al agua potable ni al saneamiento básico. La misma problemática, a otra escala, también se empieza a plantear dentro de los países desarrollados y concretamente, en el contexto de depresión que afecta a nuestro país, también es objeto de preocupación ciudadana por el hecho palpable de que el agua potable es un recurso natural limitado y un bien público esencial para la vida y la salud.

Hace años, comenzó en torno a la expresión “derecho al agua” una recurrente consideración sobre el mismo por parte de juristas, políticos, ONGs, hasta llegar el 28 de julio de 2010 a la Resolución 64/292 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas donde se reconoce “**que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos**”, con lo que ha adquirido un carácter universal, que como afirma E. J. MITRE GUERRA (*El derecho al agua*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 98) “(...) *presupone un mecanismo importante que en lo menos incidirá en el Derecho interno de los países, ello a pesar de que se trata de un instrumento jurídico no vinculante (non legallybinding)*”.

Servicio público esencial

El abastecimiento domiciliario del agua potable es un derecho en España. En nuestra normativa, el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, determina que el abastecimiento domiciliario de agua potable es uno de los servicios obligatorios que los Municipios deberá prestar en todo caso, y en el 86.3 su carácter esencial, estableciendo la reserva obligatoria en favor de las entidades locales y su prestación en régimen de monopolio, respetando una tradición municipalista y su carácter público.

Tasa o precio del servicio

Tratándose de la prestación de un servicio público esencial por gestión indirecta mediante sociedad mercantil de capital mayoritariamente municipal, la cuestión central de la demanda es la naturaleza de la contraprestación a pagar por los usuarios del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable: precio privado o tasa.

Se trata de una auténtica historia interminable que tiene, o más bien tenía, dividida a la jurisprudencia y a los propios ayuntamientos que, según afirma el catedrático T. R.

FERNÁNDEZ en el número 13/2004 de EL CONSULTOR, aparecen alineados en bandos distintos, según los intereses de las empresas gestoras de los servicios y el mayor o menor afán intervencionista de las propias Comunidades Autónomas. Éstas, calificando tales contraprestaciones como precios, públicos o privados, tienen asegurada su intervención en la determinación del *quantum* de dichas empresas gestoras a través de las comisiones de precios.

Doctrina del Tribunal Constitucional

La polémica sobre el objeto de este proceso la zanja el Tribunal Constitucional en su sentencia 185/95, en la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por 60 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 8/89, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la creación legislativa del precio público, alegando muy especialmente el principio de reserva de ley en materia tributaria establecido en el art. 31.3 CE respecto de las “prestaciones patrimoniales de carácter público”.

Para dar respuesta al alegato de los recurrentes, la sentencia realiza un magnífico ejercicio deductivo en torno a dos cuestiones íntimamente relacionadas y esenciales para determinar la legalidad de las tarifas de agua aprobadas en Murcia y objeto del recurso.

La primera de estas cuestiones es si el servicio de suministro de agua tiene o no la condición de prestación patrimonial de carácter público y, en consecuencia, debe someterse a la reserva de ley del art. 31.3 CE. La segunda cuestión es, en el supuesto y en la medida en que el servicio constituya tal clase de prestación, si las tarifas aprobadas en Murcia resultan acordes con las exigencias de dicha reserva.

Para aclarar estos interrogantes, la Sentencia mencionada explica en su Fundamento de Derecho Tercero que la CE no recurre explícitamente en su art. 31.3 a ninguna de las figuras jurídicas existentes en el momento de la elaboración y aprobación de la Constitución, ni tampoco utiliza el concepto genérico de tributo, sino la expresión más amplia y abierta de “prestación patrimonial de carácter público”, por lo que es necesario precisar el alcance de ese concepto, ya que constituye el objeto de la reserva de ley tributaria.

“La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público.

En lo que ahora importa, el problema de la determinación del alcance del concepto de prestación patrimonial de carácter público **se centra, pues, en precisar cuándo puede considerarse que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta**”. (negritas nuestras)

Uno de los tres criterios que establece la Sentencia para dilucidar si una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta es el de que la libertad o la espontaneidad exigida en la realización del hecho imponible y en la decisión de obligarse sea real y efectiva, tal como sigue:

“Esto significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no solo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también aquellas en las que **el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes,**

servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social”. (negritas nuestras).

El tercer criterio expuesto en la Sentencia es el de que también deben considerarse coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho.

El suministro de agua resulta imprescindible no sólo para realizar un acto tan vital como hidratarse, sino para mantener unas condiciones de salubridad mínimas sin las cuales el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), en el marco de cuya salvaguarda resulta esencial la protección de la salud (que los poderes públicos han de tutelar en virtud del art. 43 CE) se ve negado por la enfermedad fruto de la suciedad y falta de higiene. Es decir, negándonos las tasas a las que tenemos derecho, no sólo se viola el art. 31.3 CE, sino los arts. 15 y 43 de la norma fundamental, al imponer un régimen de gestión del agua que supedita su salvaguarda al pago de un precio ilegal, y priva del contenido esencial de los citados derechos a quien, como está sucediendo en tantos casos, no puede pagar, colocando en una situación de peligro latente al resto de murcianos que hoy pueden abonar las tarifas, pero mañana tal vez no.

Refiriéndonos ahora al segundo de los requisitos marcados en la Sentencia, debemos resaltar que el servicio domiciliario de agua potable se realiza en posición de monopolio en casi todos los municipios españoles, y desde luego en el de Murcia.

Por lo tanto ya tenemos contestación a la primera cuestión clave de la STC, que es que **las tarifas de agua potable suponen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público cuya constitucionalidad depende del respeto al principio de la legalidad.**

Pues bien, la lectura del art. 31.3 CE por el principal intérprete constitucional, el rasgo de la coactividad como elemento definitorio de la expresión “prestación patrimonial de carácter público” y la doctrina acerca de la irrelevancia del régimen jurídico con que se presta el servicio que hemos desarrollado en las anteriores líneas, han sido todos aspectos ratificados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, sobre el TRLRHL (BOE de 20 de enero de 2000) y posteriormente en la STC 102/2005, de 20 de abril, sobre tarifas portuarias.

Aplicación de la doctrina del TC en la LGT

Como consecuencia de la STC 185/95 se modificó la ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos y la Ley General Tributaria trasladó la interpretación efectuada en la sentencia sobre el concepto de tasas en su artículo 2.2.a), lo que también trajo consecuencias sobre al art. 20 del TRLRHL, tal como lo explica el catedrático T. R. FERNÁNDEZ en el artículo de EL CONSULTOR ya citado.

“La Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003 ha modificado la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos dando al art. 6 de ésta una nueva redacción para incorporar a esta Ley la definición de tasa que formula en el párrafo primero de su art. 2.2.a). No ha modificado, sin embargo, el art. 20 de la Ley de Haciendas Locales para incorporar también a ésta esa misma definición, pero no puede dudarse que, aunque no haya realizado el correspondiente ajuste, el concepto de tasa que el art. 2.2.a) de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003 ha venido a dar debe prevalecer en todo caso, ya que «la Ley General Tributaria es el eje central del ordenamiento tributario donde se recogen sus

principios esenciales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y sus contribuyentes», como se cuida de subrayar su Exposición de Motivos que comienza, justamente, con el párrafo que acaba de transcribirse”.

SEXTO.- Ratificación de la doctrina constitucional

La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, la nueva formulación en la LGT y el cambio operado en la LTPP suponen un punto y aparte en la tradicional consideración, aceptando que la naturaleza de la prestación no se ve alterada por la forma en que se gestione el servicio.

El TC no ha variado en este tiempo su postura inicial, antes al contrario, la ha mantenido incólume en Sentencias posteriores (SSTC 233/1999 y 102/2005)

Incluso el Tribunal Supremo, tradicionalmente reacio a tal criterio, ha llegado a hacerlo suyo desde las sentencias de 7 de marzo y de 19 de diciembre de 2007. Inciden en la misma línea las SSTS de 20 de julio y de 12 de noviembre de 2009.

Las SSTS de 16 de julio de 2012 (rec. 62/2010) y la de 24 de septiembre de 2012 (rec. 4788/2010), repiten la misma doctrina con idéntica contundencia.

Irrelevancia del régimen jurídico, incluso tras la derogación del párrafo 2º del art 2.2.a) LGT de 2003 por la Ley de Economía Sostenible

La primera interpretación que ha de tener una norma es la que deriva de su adecuación a los principios constitucionales según son entendidos por la jurisprudencia de su supremo intérprete.

De acuerdo con la STS de 4 de mayo de 1998, se deben aplicar las Leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal Constitucional en cada tipo de recursos.

La derogación del párrafo 2º del art. 2.2.a) de la LGT de 2003 por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reactivó la polémica dando alas a los defensores de las tarifas de precios privados.

Sin embargo, las dos sentencias de Tribunal Supremo del 23 y 24 de noviembre del 2015 vuelven a zanjar la polémica.

OCTAVO.- Necesaria prevalencia de la legalidad administrativa frente a los intereses privados.

La materia que estamos tratando en esta demanda no se limita a problemas doctrinales, como se decía en la argumentación de la enmienda del grupo catalán de la Ley de Economía Sostenible, ya que el problema se circunscribe exclusivamente al caso del servicio público prestado por gestión indirecta, bien sea por concesión administrativa o por sociedad mercantil mixta, en régimen derecho privado, en la situación previa a la entrada en vigor el 1 de julio de 2004 de la LGT de 2003, mostrándose los evidentes intereses políticos que la motivaban. En este contexto en el que primaba en nuestro país la huida generalizada del derecho administrativo, de tan desastrosas consecuencias económicas.

Son intereses económicos los que se ventilan y es en el servicio público del agua en el que el conflicto se manifiesta con especial intensidad, precisamente a causa del lobby empresarial del agua, que siempre ha estado muy interesado en defender que las tarifas del agua se

tramiten como precios, por las enormes ventajas que les da en un mercado monopolístico y además público municipal, simultáneamente a la pérdida de derechos de los ciudadanos contribuyentes.

Hay que insistir en que se trata de un bien esencial del que nadie puede prescindir, prestado de forma obligatoria por los municipios españoles y que cuando se gestiona de forma indirecta mediante un gestor privado, actúa como vicario de la Administración titular del servicio.

Antes de la aprobación de la LGT, la profesora M. RUZ GARIJO (Problemas actuales de las tasas, Lex Nova, Valladolid, 2002, páginas 264 y 281), concluía que “... *el régimen de concesión o de cualquier otra forma contractual puede ser entendido también como un régimen de Derecho público. La concesión de la gestión del servicio público, aunque movida por consideraciones políticas, no puede ignorar la exigencia de satisfacción al interés general que se materializa, principalmente, en la forma de delegar a favor de un ente concesionario*”.

La cuestión es darse cuenta de que en caso contrario, es decir en el caso de que se entendiera que si el ayuntamiento se decidiera por la gestión directa de un servicio público sería en régimen de derecho público y entonces se cobraría por tasas, y que si el ayuntamiento se decidiera por la concesión indirecta, vía concesionario o empresa mixta, entonces el régimen sería de derecho privado y el gestor privado cobraría por precio privado, estaríamos dejando que la decisión de que las tarifas del agua estuvieran sujetas a reserva de ley al albur de una decisión política de cada ayuntamiento.

En palabras del catedrático en trabajo citado J. PAGÈS I GALTÉS: “*Es decir, por más que se tratara de un servicio obligatorio, indispensable o monopolístico, bastaría que una Corporación local decidiera gestionarlo de forma indirecta para que la tarifa ya no estuviese sujeta a reserva de ley. Es obvio que semejante formalismo pugna abiertamente con el carácter sustantivo de las prestaciones coactivas según es interpretado por el TC*”.

En segundo lugar hay que ser consciente de que entre las numerosas diferencias entre las garantías para los contribuyentes de un sistema de tasas y las de precio, para un servicio público, está la de la determinación de su cuantía.

La huida del derecho administrativo, de la reserva de ley, tendría como consecuencia el escapar del límite máximo de la cuantificación constituido por el coste del servicio.

El importe de las tasas locales por la prestación de un servicio público no podrá exceder, en su conjunto, el del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate (art. 24.2 TRLRHL), mientras que en el caso de los precios privados, vendría determinado por el mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión o de la voluntad de los socios de la sociedad mercantil que gestionara el servicio, en régimen de monopolio en el caso del servicio domiciliario del agua.

De aquí las ansias del sector mercantil del agua por escapar de las tasas, y no sólo del sector empresarial, ya que éste ha jugado muy bien sus bazas en los últimos años saldando parte de las deudas de los ayuntamientos mediante la figura claramente ilegal del canon anticipado, incluso de posible contenido delictivo según la Junta Consultiva de Contratación sobre aportaciones voluntarias de las empresas adjudicatarias en los pliegos de condiciones (Informe 44/95, de 21 de diciembre).

En palabras del catedrático J. PAGÈS I GALTÈS, en art. citado *“Estos intereses empresariales coinciden con los intereses de algunos responsables políticos de los entes públicos titulares de los servicios en la medida que decidan minimizar su condición de entes públicos para comportarse como meras compañías mercantiles a través de sus sociedades o empresas o que se conformen con cobrar los correspondientes cánones concesionales o arrendaticios a empresas privadas a cambio de abstraerse de los problemas que conlleva la imposición, ordenación y gestión de las tasas, aunque ello suponga **una considerable merma en la defensa de los intereses de los usuarios consistentes en que se les respeten sus derechos en su calidad de sujetos pasivos –formal o materialmente- tributarios si están gravados por una “prestación patrimonial coactiva”**”*

* Economista e Interventor municipal de habilitación nacional, de categoría superior