



Roj: **STS 1684/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1684**

Id Cendoj: **28079130022018100135**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **1921/2015**

Nº de Resolución: **682/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 682/2018

Fecha de sentencia: 26/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1921/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 17/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: DPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1921/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 682/2018

Excmos. Sres.

D. Nicolas Maurandi Guillen, presidente

D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles

D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco



D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Jesus Cudero Blas

En Madrid, a 26 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 1921/2015, interpuesto por don Teodulfo , don Luis Pedro , doña Amparo y don Amadeo , representados por la procuradora doña María Teresa Cruz Fernández, contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2015 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso 430/2013 , sobre aprobación por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las tarifas del servicio de agua potable propuestas por el Ayuntamiento de Murcia. Han intervenido como partes recurridas el Ayuntamiento de Murcia, la Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A., representadas, respectivamente, por los procuradores don Jesús Iglesias Pérez y doña Victoria Pérez Mulet Díez-Picazo, y la Comunidad de Murcia, que lo ha sido por un letrado de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente Joaquin Huelin Martinez de Velasco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por don Celestino , don Teodulfo , don Luis Pedro , don Emiliano , doña Amparo , don Amadeo y don Hipolito (doña Herminia , doña Maribel , don Mario y don Porfirio desistieron del recurso) contra la Orden aprobada el 15 de diciembre 2011 por la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación de la Comunidad Autónoma de Murcia, autorizando, a iniciativa del Ayuntamiento de Murcia, las nuevas tarifas del servicio de agua potable del municipio (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 26 de diciembre de 2011).

Para fundamentar su pronunciamiento desestimatorio, la Sala de instancia precisa (FJ 4º) que, bajo la redacción original del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) [LGT], la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuyó la condición de tasa a la contraprestación del servicio municipal de abastecimiento de agua. Analiza a continuación la situación tras la reforma operada en dicho precepto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo), cuya disposición final 58ª suprimió el segundo párrafo del artículo 2.2.a) LGT . En interpretación de este nuevo marco normativo, sobre el que el Tribunal Supremo no se había pronunciado aún al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, la Sala de instancia, concluye que:

«[L]a derogación efectuada por la Ley de Economía Sostenible ha restituido la lógica tradicional que informaba la ordenación de la potestad tarifaria y tributaria, tanto porque permite recuperar las ideas de precio y beneficio a los servicios públicos gestionados por concesionarios, como porque da rigor a otras ideas fuerza del ámbito de la contratación pública igualmente aplicables a las relaciones patrimoniales de los servicios públicos en régimen de concesión, como las de autofinanciación del servicio y equilibrio económico del contrato, que cobran mayor sentido y consistencia al conjuntarse con el jurídico-público propio de las tarifas».

De acuerdo con ello, desestima la pretensión de los demandantes, por no darse ninguna de las causas de nulidad argumentadas en la demanda (FJ 5º).

SEGUNDO.- Don Teodulfo , don Luis Pedro , doña Amparo y don Amadeo prepararon el presente recurso y, previo emplazamiento ante esta Sala, efectivamente lo interpusieron mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2016, en el que invocaron seis motivos de casación, los cuatro primeros al amparo del artículo 88.1 d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio) [LJCA], y los otros con arreglo a la letra c) del mismo precepto.

1º) El primer motivo denuncia la infracción de los artículos (i) 2.2 LGT , incluso tras la modificación de la Ley 2/2011, (ii) 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE de 3 de abril) [LBRL] y (iii) 20.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo) [TRLHL].

También considera infringida la jurisprudencia que se contiene en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: (i) 23 de noviembre de 2015 (casación 4091/2013 ; ES:TS:2015:5037), (ii) 20 de julio de 2009 (casación 4089/2003 ; ES:TS:2009:8015), (iii) 12 de noviembre de 2009 (casación 9304/2003 ; ES:TS:2009:8294), (iv) 16 de julio de 2012 (casación 62/2010; ES:TS:2012:5230) y (v) 24 de septiembre de 2012 (casación 4788/2010; ES:TS :2012:6041).

De igual modo, reputa vulnerada la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 185/1995 (ES:TC :1995:185) [STC 185/1995].



Argumenta que la Sala de instancia, pese a conocer ese marco jurídico y la doctrina jurisprudencial sentada en las referidas sentencias, resuelve en clara oposición a lo en ella sostenido. Entiende que también desconoce el derecho fundamental al agua reconocido por la Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas (ONU) 64/1992, de 28 de julio de 2010.

2º) El segundo motivo consiste en la violación del principio de reserva de ley en materia tributaria, respecto de las "prestaciones patrimoniales de carácter público", proclamado en el artículo 31.3 de la Constitución Española [CE], en relación con el artículo 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (BOE de 15 de abril) [LTPP], y el artículo 24.2 TRLHL, al tratarse el servicio de agua potable de Murcia de una prestación de carácter público, esencial (artículo 26 LBRL), coactivo y prestado en régimen de monopolio. Se infringe de nuevo la doctrina de STC 185/1995 y la jurisprudencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 , ya citada.

Admitiendo, a efectos dialécticos, que la contraprestación por el servicio de agua potable en Murcia sean tarifas, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público cuya constitucionalidad depende del respeto al principio de legalidad. Razona que en el servicio municipal del Ayuntamiento de Murcia no se da ninguna de las condiciones que permitirían eludir la calificación de prestación patrimonial de carácter público, pues se trata de un servicio "objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares", y la renuncia al agua potable domiciliaria hoy en España privaría al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social, atentando contra sus derechos fundamentales. El servicio de agua potable en Murcia se realiza en régimen de monopolio.

Se trata, en definitiva, de una auténtica prestación patrimonial pública, habiéndose adoptado la decisión impugnada en un procedimiento de base exclusivamente administrativa y reglamentaria. La cuantía de las tarifas se ha determinado sin seguir los requisitos establecidos para las tasas y sin que haya intervenido el Pleno Municipal.

Al no cumplirse los criterios previstos para las tasas, se ha desconocido el principio de que su importe no puede exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate. La consideración como tarifa o precio privado permite, sin embargo, determinar su importe atendiendo al mantenimiento del equilibrio económico- financiero de la concesión o a la voluntad de los socios de la sociedad mercantil que gestione el servicio en régimen de monopolio.

3º) El tercer motivo hace valer el derecho fundamental al agua, recogido en la resolución 64/1992, aprobada por la Asamblea General de la ONU, cuestión sobre la que la sentencia recurrida ni siquiera se pronuncia.

Dicha resolución reconoce «Que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos».

Del reconocimiento de este derecho obtiene que «la prestación del servicio de agua potable en Murcia (como en el resto de municipios de España) debe ser conceptuada como tasa y no como tarifa o precio privado, dejando en manos de los espurios y crematísticos intereses mercantiles con sus desorbitados beneficios el establecimiento del precio de prestación del servicio fuera de todo control y fiscalización».

4º) El siguiente argumento del recurso se centra en la vulneración de los artículos 15 y 43 CE . Negando la calificación de tasa, «no sólo se viola el artículo 31.3 CE , sino los artículos 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 los murcianos que hoy pueden abonar las tarifas, peor mañana tal vez no».

A esta cuestión tampoco dio respuesta la sentencia impugnada.

5º) El quinto motivo denuncia la incongruencia por omisión de la sentencia recurrida por no dar respuesta a los argumentos a que se refieren los dos motivos anteriores.

6º) Finalmente, considera que la motivación de la sentencia es ilógica y arbitraria, al realizar una interpretación de las normas y de la jurisprudencia aplicable desconectada de la recta aplicación del Derecho, resultando una "motivación hipócrita". Sostiene que la motivación del cuarto fundamento jurídico de la sentencia impugnada es voluntarista.

Termina solicitando el dictado de sentencia estimatoria del recurso, que case y anule la resolución recurrida, acogiendo el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Murcia se opuso al recurso en escrito registrado el 22 de febrero de 2017 en el que interesó su desestimación.



1º) Para empezar, niega la infracción de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 , ya reseñada, porque aún no había sido dictada cuando se pronunció la recurrida. Por lo demás, entiende que esa sentencia del Tribunal Supremo, como la dictada el 24 de noviembre de 2015 (casación 232/2014 ; ES:TS:2015:5036), no sientan jurisprudencia al tratarse de sentencias desestimatorias, pronunciadas en un determinado contexto, cual es la competencia de la Comunidad Autónoma (que fue la recurrente en ambas) para controlar las contraprestaciones del servicio de abastecimiento de agua. Allí se recurría por la Comunidad Autónoma los acuerdos plenarios de sendos ayuntamientos que aprobaron definitivamente la modificación de las ordenanzas fiscales reguladoras de la tasa por prestación del servicio de suministra del agua, con la tesis de que la gestión de un servicio público por concesionario implicaba la imposición de una tarifa o precio privado sujeto a la legislación sobre política general de precios que precisaba la autorización por la Comunidad Autónoma; en el presente caso, se está ante el ejercicio de la potestad tarifaria, aprobada inicialmente por el Ayuntamiento y, posteriormente, por la Comunidad Autónoma.

Añade que tampoco se vulnera, en su opinión, la doctrina contenida en la STC 185/1995 , que no impone de forma clara y determinante la identificación de los conceptos de prestación patrimonial de carácter público y tributo. Lo que dice en dicha sentencia el Tribunal Constitucional es qué debe entenderse por prestación patrimonial de carácter público y que estas prestaciones deben ser reguladas con arreglo a la ley. Quien, en su caso, pretendió identificar prestación patrimonial de carácter público con tributo e incluyó a las tarifas de naturaleza coactiva dentro de la figura de las tasas, fue el legislador ordinario de 2003. Ahora, con la Ley 2/2011, el mismo legislador ha corregido su decisión y ha recuperado la tarifa como forma de retribución de los servicios gestionados de forma indirecta.

Considera que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los años 2009 y 2012 no pueden hacerse valer porque se refieren a un periodo en el que estaba vigente la legislación hoy derogada; con independencia de ello, los recurrentes no desarrollan la vulneración que denuncian.

Entiende que la doctrina que se pretende hacer valer por los recurrentes ignora la reforma legislativa operada por la Ley 2/2011. No puede ser lo mismo la situación anterior a la supresión del último párrafo que la actual; "algo" tendrá que haber cambiado y ese "algo" es que los servicios prestados con personificación privada pueden ser retribuidos mediante tarifas y no necesariamente por tasas, lo que resulta coherente y lógico con la actuación como sujetos privados de los concesionarios y acorde con tal previsión contemplada de forma expresa en la legislación sobre contratos públicos.

Termina afirmando que no se puede haber vulnerado el artículo 20.4 TRLHL, pues utiliza de forma expresa el vocablo "podrán", lo que implica su carácter facultativo, en lógica con la existencia de la potestad tarifaria que defiende.

2º) Frente al segundo motivo precisa que la sentencia cuya doctrina se dice infringida es posterior a la que se recurre. Añade que el Ayuntamiento ha intervenido en la fijación de la tarifa, en los términos exigidos por el artículo 31.3 CE y su interpretación.

3º) Tratándose del tercer motivo, considera que debe ser rechazado porque el derecho al agua potable no ha sido reconocido como fundamental en nuestra Constitución de 1978, sin que los recurrentes acrediten en qué forma y medida la fijación de una tarifa sí supone su vulneración y la de una tasa no.

4º) En relación con el derecho fundamental del artículo 15 CE , reitera que su infracción no ha sido probada por los recurrentes, sin que el artículo 43 CE reconozca un derecho fundamental, antes bien, un principio rector de la política social y económica.

Por lo demás, considera que los recurrentes carecen de legitimación para denunciar la vulneración de los derechos que tales preceptos proclaman, correspondiendo tal papel a sus titulares. Destaca en este punto la creación en el Ayuntamiento de un Fondo Social Extraordinario 2012 para clientes en situación de necesidad, que cubre situaciones extremas como las sugeridas en el recurso.

5º) Defiende que la sentencia discutida no incurre en incongruencia por omisión, estando suficientemente motivada.

6º) Frente al último motivo, reitera que la sentencia está motivada, fundada en Derecho y en la doctrina del Tribunal Supremo.

CUARTO.- La Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. («EMUASA», en lo sucesivo), también se opuso al recurso, en escrito registrado el 20 de febrero de 2017.

De entrada, hace valer la inadmisibilidad del recurso por haberse preparado de forma defectuosa y limitarse a enumerar una serie de normas como supuestamente infringidas, sin realizar el necesario juicio de relevancia.



Frente a los seis motivos aducidos de contrario, argumenta en los siguientes términos:

1º) Respecto de la infracción de normas del ordenamiento jurídico, los recurrentes se limitan a citar los preceptos, añadiendo de forma sintética y sin argumento jurídico alguno que la financiación del servicio de agua potable se debe realizar a través de una tasa y no de una tarifa, y que se trata de un servicio público de prestación obligatoria. Frente a ello, opone la corrección de los fundados y extensos argumentos de la sentencia recurrida, en los que se justifica que, de conformidad con la legislación aplicable en el caso enjuiciado, el precio del servicio del agua en caso de prestación por ente concesionario o empresa municipal en forma de sociedad privada podría ser un precio privado o tarifa. Nada se argumenta en el recurso frente a los razonamientos de la demanda, salvo una "peregrina referencia" a la "clara vulneración del derecho fundamental al agua reconocido por la Resolución de la Asamblea de la ONU 64/992".

En cuanto a la jurisprudencia, considera que no se ha vulnerado la doctrina de la STC 185/1995, que se limitó a construir la figura de la prestación patrimonial de carácter público prevista en el artículo 31.3 CE, pero que no concluyó que toda prestación patrimonial de carácter público debiera ser una tasa o una figura de naturaleza tributaria. Dicho pronunciamiento no identifica los conceptos prestación patrimonial pública y tributo, por lo que cabe la existencia de prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza no tributaria. Tampoco se obtiene de la repetida sentencia que en todo caso los precios de los servicios públicos deban ser tasas. Por ello, la sentencia recurrida, que no niega que la tarifa pueda considerarse como una prestación patrimonial de carácter público, al admitir la tarifa como forma de cobro del servicio del agua no vulnera la doctrina del Tribunal Constitucional, que no niega con carácter general y al margen de cuál sea la norma aplicable, que la prestación del servicio de suministro del agua pueda ser un precio privado o tarifa.

Tampoco se ha vulnerado, en su criterio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Razona que hay que tener en cuenta que la jurisprudencia sobre la distinción tarifa-tasa ha ido evolucionando en razón de las modificaciones legislativas que se han ocupado de esta cuestión. Por lo tanto, hay que atender a la jurisprudencia aplicable según una normativa de idéntico contenido a la del caso enjuiciado. A su juicio, en el momento de dictarse la sentencia recurrida el cambio legal establecido por la Ley 2/2011 obligaba de hecho a volver a la jurisprudencia que admitía la figura de la tarifa en los supuestos de servicios prestados por empresas privadas municipales. La sentencia recurrida, de forma totalmente correcta y ajustada a Derecho, tomó nota de la jurisprudencia dictada hasta la fecha en la materia sometida a su juicio y atendiendo al cambio normativo entendió correctamente que la figura de la tarifa era de nuevo posible. La sentencia de 23 de noviembre de 2015 no se puede tomar en consideración por la simple razón de que es posterior al momento de dictarse la sentencia que se impugna.

2º) En relación con el segundo motivo, considera, de nuevo, que la referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 está demás. En relación con la STC 185/1995, no se opone a la interpretación que hacen los recurrentes del significado del concepto "prestación patrimonial de carácter público", pero no comparte su salto argumental cuando afirma que la cuantía de la tarifa "debió ser determinada según los requisitos de la tasa". Dentro del concepto de prestación patrimonial de carácter público tienen encaje tanto las tasas, ejercicio de la potestad tributaria, como las tarifas, ejercicio de la potestad tarifaria, pero ha de tenerse en cuenta -añade- que el acto impugnado no consiste ni en la fijación de una tasa ni de una tarifa, sino en el acto dictado por la administración autonómica, por el que se autorizan las nuevas tarifas propuestas por el Ayuntamiento de Murcia. El Consejero autonómico, al dictar el acto impugnado, ejerció la potestad que le atribuye la normativa sobre el control de precios, no la potestad tributaria ni tarifaria y, por ello, no se le puede aplicar la normativa sobre el ejercicio de esas potestades. En otras palabras, los argumentos sobre defectos procedimentales relativos a la fijación de las tasas no guardan relación directa con el acto objeto del recurso y, por ello, no pueden ser aducidos para tratar de fundar la incorrección de la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento y a efectos dialécticos, el principio de reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales públicas se cumple en este caso, pues tal principio queda satisfecho con la simple previsión en una norma de rango legal que dé la posibilidad de exigir el pago de un precio o tarifa. Además, en el ámbito local los acuerdos de los plenarios municipales cumplen de forma sustantiva con el requisito de reserva legal. En el presente caso, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Murcia de 29 de diciembre de 1988, elevado a escritura pública, por el que se modificaron los estatutos de EMUASA estableció en su artículo 23 que corresponde al Consejo de Administración proponer al Ayuntamiento las tarifas de suministro de agua que considere convenientes para que éste, si las aprueba, solicite las autorizaciones necesarias según la legislación vigente en cada caso. Y el artículo 36 dispuso que en el cálculo de las tarifas deben tenerse en cuenta, aparte de los gastos normales del servicio, las amortizaciones de bienes y gastos de los préstamos.

3º) Reputa improcedente el tercer motivo de casación, pues la resolución de la Asamblea General de la ONU invocada no forma parte del ordenamiento jurídico interno y el pretendido derecho fundamental no guarda



relación directa con la fijación del precio del agua como tasa o tarifa, y menos aún condiciona la validez del acto autonómico de autorización del incremento de la tarifa propuesta por el Ayuntamiento de Murcia.

4º) También estima improcedente el cuarto motivo, pues la violación de los artículos 15 y 43 CE tampoco guarda relación directa con el problema jurídico que plantea el acto en su día impugnado ni con la sentencia recurrida en casación. Afirmar que exigir una tarifa en lugar de una tasa para el cobro del servicio de suministro de agua vulnera el derecho a la integridad física o el de la protección de la salud está tan falto de coherencia que de hecho hace muy difícil construir un argumento de contrario con un mínimo sentido jurídico.

5º) Considera que también se ha de rechazar el quinto motivo porque la circunstancia de que la sentencia no dé respuesta a uno de los argumentos de la demanda no significa automáticamente que incurra en incongruencia por defecto, pues cabe su desestimación tácita. Además, la falta de contestación que se denuncia en este motivo no se refiere a alegaciones fundamentales (las hechas valer en los dos motivos anteriores), como exige la jurisprudencia para poder hablar de incongruencia *ex silentio*.

6º) Igualmente estima improcedente el último motivo, pues en ningún momento se acredita el carácter ilógico y arbitrario de la sentencia impugnada

QUINTO.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se opuso al recurso el 22 de febrero de 2017, mediante un escrito cuyo contenido responde a los mismos argumentos expuestos por EMUASA en igual trámite.

SEXTO. - Tras diversas incidencias procesales, que no vienen al caso, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2018, fijándose al efecto el día 17 de abril siguiente, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Don Teodulfo , don Luis Pedro , doña Amparo y don Amadeo combaten en casación la sentencia dictada el 24 de abril de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso 430/201 , interpuesto frente a la Orden aprobada el 15 de diciembre 2011 por la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación de la Comunidad Autónoma de Murcia, que autorizó, a iniciativa del Ayuntamiento de Murcia, las nuevas tarifas del servicio de agua potable del municipio (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 26 de diciembre de 2011).

La sentencia impugnada razona (FJ 4º) que, bajo la redacción original del artículo 2 LGT , la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuyó la condición de tasa a la contraprestación del servicio municipal de abastecimiento de agua. Analiza a continuación la situación tras la reforma operada en dicho precepto por la Ley 2/2011, cuya disposición final 58ª suprimió el segundo párrafo del artículo 2.2.a) LGT . En interpretación de este nuevo marco normativo, sobre el que el Tribunal Supremo no se había pronunciado aún al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, la Sala de instancia, concluye que:

«[L]a derogación efectuada por la Ley de Economía Sostenible ha restituido la lógica tradicional que informaba la ordenación de la potestad tarifaria y tributaria, tanto porque permite recuperar las ideas de precio y beneficio a los servicios públicos gestionados por concesionarios, como porque da rigor a otras ideas fuerza del ámbito de la contratación pública igualmente aplicables a las relaciones patrimoniales de los servicios públicos en régimen de concesión, como las de autofinanciación del servicio y equilibrio económico del contrato, que cobran mayor sentido y consistencia al conjuntarse con el jurídico-público propio de las tarifas».

De acuerdo con ello, desestima la pretensión de los demandantes, por no darse ninguna de las causas de nulidad argumentadas en la demanda (FJ 5º).

2. Los recurrentes se alzan en casación esgrimiendo seis motivos. Los dos últimos se sustentan en la letra c) del artículo 88.1 LJCA y denuncian la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada por no dar respuesta a las vulneraciones del "derecho fundamental al agua" (proclamado por la Asamblea General de la ONU) y de los derechos a la integridad física (artículo 15 CE) y protección de la salud (artículo 43.1 CE) (5º motivo), así como su deficiente motivación, que califican de arbitraria e "hipócrita" (6º motivo).

Los cuatro primeros tienen su anclaje en la letra d) del citado artículo 88.1 LJCA . A través de ellos, los recurrentes se quejan de la infracción de los preceptos legales y de la jurisprudencia, tanto constitucional como de este Tribunal Supremo, que abonarían la calificación como tasa de la contraprestación que percibe el suministrador del servicio municipal de agua potable domiciliaria (1º motivo), de la del principio de legalidad en materia de prestaciones patrimoniales públicas, plasmado en el artículo 31.3 CE (2º motivo), y de los ya citados



derechos fundamentales al agua (3º motivo) y a la integridad física, así como del derecho a la protección de la salud (4º motivo).

El análisis del recurso se debe iniciar por los motivos que los recurrentes dejan para el final porque afectan a la estructura formal del pronunciamiento judicial que discuten y en un coherente discurso jurídico se deben situar en primer lugar, pues las exigencias adjetivas son un *prius* del análisis sustantivo o de fondo: nada habría que decir como queja en casación sobre los cuatro primeros motivos si la sentencia de instancia padeciera de las carencias e incoherencias denunciadas en los dos últimos.

SEGUNDO.- 1. Se lamentan los recurrentes de que la sentencia recurrida no contiene ningún razonamiento sobre el invocado "derecho fundamental al agua", como tampoco acerca de los derechos a la integridad física y a la protección de la salud. Y llevan razón. Ahora bien, no por ello incurre aquel pronunciamiento jurisdiccional en una incongruencia por omisión causante de indefensión, única que, con arreglo a constante jurisprudencia, puede determinar su casación [*vid.*, entre otras muchas, las sentencias de 2 de abril de 2012 (casación 5216/2006 , FJ 3º; ES:TS:2012:2303), 16 de abril de 2012 (casación 846/2010 , FJ 2º; ES:TS:2012:2257), 1 de julio de 2013 (casación 713/2012 , FJ 3º; ES:TS:2013:3808), 7 de marzo de 2016 (casación 1300/2014, FJ 2º; ES:TS:2016:889 y 17 de mayo de 2016 (casación 3953/2014, FJ 2º; ES:TS :2016:2098)].

En efecto, tal clase de incongruencia opera cuando la falta de respuesta atañe a una pretensión, siendo evidente que, en este caso, la solicitud deducida por los demandantes con la interposición del recurso contencioso-administrativo (la nulidad de la Orden impugnada por no proceder la intervención autonómica al constituir una tasa, y no una tarifa, la retribución del concesionario municipal del servicio de suministro de agua potable a los domicilios) ha recibido respuesta (sobre la calidad y condición de la misma nos detendremos al analizar el sexto motivo de casación).

Es cierto que la necesidad de que las decisiones judiciales sean coherentes y completas exige que también contesten, para no dejarlas imprejuizadas, las líneas fundamentales de defensa de las partes. Ahora bien, ninguna de las dos alegaciones cuya respuesta echan en falta los recurrentes en casación puede ser calificada como tal.

La invocación del "derecho fundamental al agua", proclamado por la resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU, tiene en la demanda, como no podría ser de otra forma, un contenido meramente programático, para enmarcar el debate. En ninguno de sus pasajes se invoca su infracción como fundamento de la pretensión de nulidad de la Orden autonómica impugnada.

Igual de clara es la improcedencia de la queja en relación con la ausencia de contestación a la invocación del derecho fundamental a la integridad física, del artículo 15 CE , y del principio rector de la política social y económica que, recogido en el artículo 43.1 CE , reconoce a todos los españoles el derecho a la protección de la salud. No hay ningún pasaje en la demanda que, destinado a cimentar la pretensión impugnatoria con la suficiente solidez jurídica y el necesario rigor procesal, se sustente en la infracción de los indicados preceptos constitucionales. Se razona en dicho escrito rector, al hilo del análisis que ofrece de la STC 185/1995 , que 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 (artículo 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 artículo 43 CE) se ve negado por la enfermedad fruto de la suciedad y falta de higiene. Es decir, negándose las tasas a las que tenemos derecho, no sólo se viola el artículo 31.3 CE , sino los artículos 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 tales casos, no puede pagar, colocando en una situación de peligro latente al resto de los murcianos que hoy pueden abonar las tarifas que hoy pueden abonar las tarifas, pero mañana tal vez no».

Tal forma de razonar, que, en resumen, puede condensarse en el siguiente aforismo: "la tasa protege la vida y la salud, mientras que la tarifa atenta contra ellas", está trufada de prejuicios inexplicados en Derecho, de saltos argumentales y de incoherencias en la conclusión, por lo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, al que se debe ajustar nuestra decisión, no se puede calificar como línea fundamental de defensa, mereciendo el calificativo de mera invocación retórica y huera.

El quinto motivo de casación debe, por tanto, ser desestimado.

2. Igual suerte aguarda al sexto, en el que se califica la motivación de la sentencia de arbitraria e "hipócrita" (calificativo este último jurídicamente impropio, cuyo uso no se justifica, ni siquiera desde el ejercicio legítimo del derecho de defensa).

A lo largo de una docena de páginas y según ya se ha apuntado, la sentencia discutida recuerda (FJ 4º) que, bajo la redacción original del artículo 2 LGT , la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuyó la condición



de tasa a la contraprestación del servicio municipal de abastecimiento de agua y analiza la situación tras la reforma operada en dicho precepto por la Ley 2/2011, cuya disposición final 58ª suprimió el segundo párrafo del artículo 2.2.a) LGT . En interpretación de este nuevo marco normativo, sobre el que el Tribunal Supremo no se había pronunciado aún al tiempo de dictarse, concluye que la derogación efectuada por la Ley de Economía Sostenible ha restituido la lógica tradicional que informaba la ordenación de la potestad tarifaria y tributaria, permitiendo que servicios municipales como el que nos ocupa, gestionados directamente por empresas municipales con personificación jurídico-privada o indirectamente, mediando un concesionario, se puedan financiar a través de tarifas. De acuerdo con tal planteamiento, cuya mayor o menor corrección jurídica no es ahora objeto de análisis, la Sala de instancia desestima la pretensión de los demandantes, por no darse ninguna de las causas de nulidad argumentadas en la demanda (FJ 5º).

Siendo así, resulta evidente que la sentencia se encuentra suficientemente motivada, sin que se pueda calificar de arbitraria, pues no responde a parámetros ilógicos o faltos de razón, ni al capricho de sus autores, sino a un discurso racional, por más quepa discrepar jurídicamente del mismo. Menos aún merece el calificativo de "hipócrita", en el sentido que apunta el significado común del término, pues no hay nada en su contenido que evidencie que el sentir de quienes tomaron la decisión fuera realmente distinto del expresado en sus razonamientos, apareciendo éstos como un instrumento para fingir, para dar a entender algo diferente de lo que realmente se piensa.

En realidad, los recurrentes han confundido, con falta de todo rigor jurídico, el derecho a obtener un pronunciamiento motivado y fundado en el ordenamiento jurídico, que es el que ampara el artículo 24.1 CE , con un supuesto derecho a obtener la razón, que desde luego, como enseña la doctrina constitucional desde sus primeros pronunciamientos [*vid.*, entre otras, las SSTC 202/1987 (ES:TC:1987 : 202) y 33/1988 (ES:TC :1988:33)], no encuentra cobijo en el mencionado precepto constitucional.

TERCERO.- Los motivos tercero y cuarto pueden ser tratados conjuntamente.

En ellos se hace valer la vulneración del "derecho fundamental al agua", del derecho a la integridad física y del derecho a la protección de la salud. Debe repararse en que la falta de respuesta a la denunciada en la demanda vulneración de los mismos constituye el fundamento del quinto motivo de casación, en el que los recurrentes se quejan de la incongruencia omisiva en que habría incurrido la sentencia por no contestar a tales alegatos.

O lo uno o lo otro en casación: o hay infracción sustantiva de los mismos por realizarse una interpretación indebida, inadecuada o errónea de las normas jurídicas que los proclaman y reconocen o el pronunciamiento jurisdiccional incurre en una denegación técnica de justicia (que ya se ha visto no se ha producido) por guardar silencio respecto de alegaciones fundamentales de los demandantes. Pero no las dos situaciones a la vez.

Esta defectuosa formulación del recurso de casación conlleva que, respecto de los dos motivos que ahora analizamos, se deba concluir en su manifiesta falta de fundamento, pues difícilmente los jueces de la instancia pueden haber infringido unas normas que no aplicaron ni interpretaron al guardar silencio sobre las cuestiones a las que afectaban [*vid.* sentencia de 19 de julio de 2016 (casación 1720/2015, FJ 2º ES:TS :2016:3475)]. Recuérdese que el artículo 88.1.d) LJCA habilita para denunciar en casación la infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Cabe, en efecto, que un precepto pueda ser infringido por inaplicación, pero siempre y cuando el pronunciamiento judicial aborde la cuestión suscitada y la infracción consista precisamente en resolverla sin tener en consideración una norma que debió serlo. Pero ahora la situación es diferente, pues de lo que se trata es que esa cuestión no ha sido abordada en la sentencia, de aquí la denuncia de incongruencia *ex silentio* que incorpora el quinto motivo de casación.

En relación con la infracción del "derecho fundamental al agua", proclamado por una resolución de la Asamblea General de ONU, debe añadir a mayor abundamiento que su infracción no puede sustentar un recurso de casación al amparo del artículo 88.1.d) LJCA . En la sentencia de 19 de octubre de 2016 (casación 2558/2015, FJ 7º; ES:TS :2016:4675) hemos afirmado que sólo cabe denunciar por el cauce del citado precepto la infracción de normas que formen parte del ordenamiento jurídico, esto es, normas contenidas en las fuentes formales que lo integran y que enuncia el artículo 1.1 del Código Civil al establecer que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Dentro del concepto material de ley que expresa el mencionado precepto cabe incluir las distintas manifestaciones, jerárquicamente ordenadas, de la potestad normativa (Constitución, tratados internacionales, ley orgánica, ley ordinaria, reglamentos, etc.), pero no es posible fundamentar un motivo casacional en la infracción de una resolución de la Asamblea General de la ONU, dada su ausencia de valor normativo, es decir, de fuente jurídica vinculante para los tribunales de justicia.



CUARTO.- Con el segundo motivo ocurre otro tanto de lo mismo que con los que acabamos de analizar. A través de él se denuncia la infracción del artículo 31.3 CE, en cuanto dispone que sólo cabe establecer prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.

Pues bien, la sentencia impugnada, como reconocen los recurrentes al fundamentar este motivo, guarda el más absoluto silencio sobre tal cuestión, pese a que fue suscitada en la demanda, si bien no de manera frontal, sino como consecuencia de negar la condición de tasa a la retribución del suministrador del servicio municipal de abastecimiento de agua potable domiciliaria. Por consiguiente, la queja se debió suscitar por la vía del artículo 88.1.c) LJCA, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia consistente en haber incurrido la impugnada en incongruencia *ex silentio*.

Pero es que, además, según se acaba de apuntar, en la demanda la infracción del artículo 31.3 CE se planteó como corolario de la negativa a considerar tasa a la referida retribución, mientras que ahora en casación, a través del segundo motivo, se denuncia la vulneración de dicho precepto porque, aun calificándose de tarifa, constituiría prestación patrimonial pública sometida a la disciplina del mencionado precepto constitucional. Desde esta perspectiva, el segundo motivo de casación introduce una cuestión nueva que no puede ser atendida en casación.

Se ha de recordar que la naturaleza extraordinaria de la casación como recurso tasado constriñe los poderes de este Tribunal y también la actividad de los recurrentes. No es una nueva instancia jurisdiccional; no nos traslada el conocimiento plenario del proceso, sino el análisis limitado que resulta de los motivos enumerados en el artículo 88.1 LJCA. Este planteamiento justifica la prohibición de cuestiones nuevas, estándonos vedado resolver sobre una tesis o sobre una cuestión que las partes no sometieron a la consideración del Tribunal de instancia. Difícilmente pueden los jueces *a quo* infringir un principio general del derecho, un precepto legal o una doctrina jurisprudencial cuya aplicación al caso no se ha demandado. Por esta razón hemos inadmitido en casación las cuestiones inéditas [sentencias de 21 de diciembre de 2001 (casación 6642/1997; ES:TS:2001:10240; FJ 3º), 21 de marzo de 2003 (casación 11541/1998; ES:TS:2003:1970; FJ 3º), 6 de octubre de 2004 (casación 3968/2001; ES:TS:2004:6268; FJ 2º), 1 de diciembre de 2008 (casación 3910/2005; ES:TS:2008:6829; FJ 2º), 6 de junio de 2011 (casación 2108/2008; ES:TS:2011:3768, FJ 3º), 25 de febrero de 2013 (casación 5152/2010; ES:TS:2013:907, FJ 2º), 5 de mayo de 2014 (casación 5690/2011; ES:TS:2014:1893; FJ 3º) y 29 de noviembre de 2017 (casación 2705/2016, FJ 2º; ES:TS:2017:4225), entre otras].

QUINTO.- El primer motivo de casación, último objeto de examen, cita como infringidos unos preceptos legales (los artículos 2.2 LGT, 26.1 LBRL y 20.4 TRLHL), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (representada por las sentencias de 23 de noviembre de 2015, 20 de julio de 2009, 12 de noviembre de 2009, 16 de julio de 2012 y 24 de septiembre de 2012, todas ya reseñadas en los antecedentes de hecho de esta sentencia) y la STC 185/1995.

El desarrollo del motivo, además de en la mención de las normas y de las sentencias que se estiman desconocidas, consiste en la reproducción de pasajes de la sentencia recurrida y de un párrafo de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 y en la alusión a Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU. No contiene ni el más mínimo análisis crítico de los razonamientos expuestos por la Sala de instancia, salvo la afirmación apodíctica de que la motivación de la sentencia es "hipócrita" y la conclusión tautológica, después de reproducir algunos de sus párrafos, de que infringe las normas y la jurisprudencia alegadas.

Siendo así, se ha de concluir que este motivo también carece manifiestamente de fundamento, defecto que no quedaría solventado aun cuando esta Sala entendiera que este motivo implícitamente insiste, frente a los razonamientos de la sentencia, en los argumentos aducidos en la demanda. La mera reiteración de estos últimos resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, y en el que el debate y consiguiente examen del litigio por el Tribunal Supremo queda limitado a la crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada, y no la resolución administrativa precedente. Constituye una desnaturalización del recurso de casación repetir lo alegado ante el Tribunal *a quo*, limitándose los recurrentes a manifestar su disenso frente a la sentencia recurrida, pero sin razonar adecuadamente las infracciones jurídicas de que adolece, a su juicio, la resolución judicial que ataca. Lo contrario supondría convertir la casación en una nueva instancia o, lo que sería igual, confundir este recurso extraordinario con uno ordinario de apelación [*vid.*, entre otras muchas, las sentencias de 14 de octubre de 2005 (casación 4392/02, FJ 3º; ES:TS:2005:6192); 31 de enero de 2006 (casación 8184/02, FJ 2º; ES:TS:2006:287), 7 de abril de 2006 (casación 2643/03, FJ 2º; ES:TS:2006:2246) y 19 de mayo de 2006 (casación 4011/03, FJ 4º; ES:TS:2006:3137), de 1 de julio de 2010 (casación 3643/05, FJ 3º; ES:TS:2010:4327), de 16 de mayo de 2011 (casación 4702/08, FJ 3º; ES:TS:2011:3204) y 26 de septiembre de 2011 (casación 2107/2008, FJ 2º; ES:TS:2011:6012)].



A lo anterior se debe añadir que difícilmente puede la sentencia recurrida, dictada el 24 de abril de 2015, haber infringido la doctrina de nuestra posterior sentencia de 23 de noviembre de 2015, porque no existía al tiempo de adoptarse aquélla.

SEXTO.- Por todo lo anterior, este recurso debe ser íntegramente desestimado, procediendo, en virtud del artículo 139.2 LJCA imponer las costas a los recurrentes, si bien, haciendo uso de la facultad que nos otorga el apartado 3 del mismo precepto, con el límite de 2.650 euros para cada una de las tres partes personadas como recurridas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación 1921/2015, interpuesto por don Teodulfo, don Luis Pedro, doña Amparo y don Amadeo contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso 430/2013.

2º) Imponer las costas a los recurrentes, con el límite expresado en el último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco

D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Jesus Cudero Blas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.