

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEDE DE SEVILLA)
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA.

Apelación nº: 323/2007

Recurso nº 32/2005 del Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 1 de Jerez (Cádiz)

SENTENCIA

Ilmo Sr. Presidente

Don Julián Manuel Moreno Retamino

Ilmos. Sres. Magistrados

Dña María Luisa Alejandre Durán

Don Pedro Luis Roás Martín

En la Ciudad de Sevilla a Treinta de Septiembre de 2.008. La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, ha visto la apelación referida en el encabezamiento interpuesta por Aqualia Gestión Integral del Agua S.L. representada por el Procurador Sr. Medina Martín y defendida por el Letrado Sr. González Gavira contra sentencia dictada el 19 de Febrero de 2007 en las actuaciones también referidas en el encabezamiento del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Jerez. Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. D. Julián Manuel Moreno Retamino.

NOTIFICACION

23 OCT 2008

LEONARDO MEDINA MARTÍN
PROCURADOR

Tel. 956 344 328 - Fax 956 346 604 - JEREZ PDA

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El recurrente solicita que se revoque la sentencia impugnada y que se estime la demanda.

SEGUNDO.- Del escrito de la parte recurrente se dio traslado en el Juzgado a las demás partes y se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.

La deliberación tuvo lugar el día Veintinueve de Septiembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en el fallo desestima el recurso interpuesto contra el decreto del Sr. Alcalde de Villamartín de 8 de febrero de 2005 por ser conforme a derecho.

El decreto disponía: 1) que se proceda a emplazar al concesionario del servicio, AQUALIA, a fin de que, con suspensión cautelar de la puesta en circulación y cobro del recibo integral del agua correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2004, haga llegar a esta entidad edilicia, por conducto de su alcaldía, los padrones y listados correspondientes a cada una de las cantidades adeudadas en cada recibo, según los conceptos que lo conforman. De tal manera que a la mayor brevedad este ayuntamiento pueda autorizar el cobro inmediato del mismo, junto al del tercer trimestre de 2004, una vez depurados los conceptos espúreos a los mismos. Ello, sin perjuicio de que la concesionaria pueda formular cuantas alegaciones tenga por procedentes en el proceso. 2) Que por los servicios de intervención y técnicos de esta entidad edilicia se proceda a analizar la cuantificación anual del recibo trimestral del ciclo integral del agua, procediendo a depurar el mismo de todas aquellas cantidades que, aunque consolidadas en el

mismo, no tengan relación... 3) Convocar a AQUALIA S.A. dentro del término improrrogable de 10 días a fin de que comparezca debidamente representada a una reunión técnica en este Iltmo. Ayuntamiento, al objeto de proceder a determinar y liquidar las cantidades que le son adeudadas, por todo concepto, como consecuencia de los contratos del ciclo integral del agua; así como, en virtud de las diferencias no repercutibles al ciudadano que se han producido en los recibos trimestrales cautelarmente suspendidos en su cobro.

SEGUNDO.- La apelante, Aqualia, pide la revocación de la sentencia, con anulación del decreto impugnado y que se declare el derecho a poner al cobro los recibos de Octubre a diciembre de 2004, así como la indemnización correspondiente de los intereses legales por los daños colaterales y de imagen causados.

La cuestión debatida en esta apelación, aunque referida a otro trimestre, ha sido ya tratada por este Tribunal. Hemos de mantener la misma doctrina establecida toda vez que los hechos, y los fundamentos jurídicos de las pretensiones de las partes, que son las mismas, coinciden con lo ya declarado. Decíamos en Sentencia de **18-2-2008. (R. 324/2007)** "PRIMERO.- Aunque la Sentencia, estima parcialmente el recurso, al dejar sin efecto la suspensión cautelar de la puesta en circulación y cobro del recibo del Ciclo Integral del Agua correspondientes a los meses de Julio, Agosto y Septiembre por aplicación del art. 72.4 de la Ley 30/92, por considerar que caducado el procedimiento de revisión de oficio por Decreto de 8 de Octubre de 2.004, quedaba extinguido la medida cautelar adoptada y declaraba su nulidad, lo que formalmente da la razón a la actora, ésta la impugna no sólo por la desestimación de la pretensión indemnizatoria sino por la disconformidad con la

fundamentación jurídica que no declara contrario a Derecho el Decreto impugnado, sino simplemente extinguido, por caducidad del procedimiento donde fue acordado, lo que tiene una evidente trascendencia respecto a la pretensión indemnizatoria instada, consecuencia directa de dicha nulidad.

Por ello sustenta el presente recurso de apelación en dos motivos:

* Infracción del art. 72 y 104 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que la suspensión no fue adoptada en el seno del procedimiento de revisión de oficio de los contratos, ni podía tener por objeto los recibos del agua, sino en todo caso la suspensión de los actos cuya revisión se instaba.

* Infracción del art. 1 y 25 de la Ley Jurisdiccional, en cuanto a través del recurso contencioso la parte instaba no sólo la nulidad del Decreto, sino la pretensión de ser indemnizada en 244.906'98 Euros por los daños y perjuicios ocasionados al no emitir los recibos por el servicio prestado. Cuestión que no pudo plantearse al Ayuntamiento quien adoptó la medida inaudita parte, agotando la vía administrativa, por lo que resulta difícil compartir la desviación procesal a la que se alude en la Sentencia.

SEGUNDO.- Planteados en estos términos el recurso, ciertamente asiste razón a la apelante en la infracción denunciada de los arts. 72 y 104 de la Ley 30/92, porque al margen de la existencia del procedimiento de revisión tantas veces aludido, el Decreto impugnado no se fundamenta ni se adopta en su seno del que ni siquiera se hace referencia, sino que con apoyo en la Ley de Haciendas Locales y en unas

auditorias al parecer encargadas por el Ayuntamiento para los que se libró un crédito extraordinario, se pretende cuantificar el recibo trimestral del agua para depurar las cantidades que aunque consolidadas no tengan relación de causa /efecto con la prestación real de los servicios prestados.

En cualquier caso sería aplicable el art. 104, específico para los procedimientos de revisión, pero insistimos dicha medida no se acordó en el procedimiento de revisión de oficio, sino en otro "sui generis" sin fundamento legal alguno como más tarde expondremos.

TERCERO.- Sí debemos aceptar el fundamento jurídico cuarto, relativo a la inexistencia de la vía de hecho, pues como con todo acierto manifiesta el Juez, no es pura actuación material, al existir una habilitación por el Decreto impugnado cuya legalidad es precisamente objeto de este proceso. Y entrando a analizar y revisar dicho Decreto debemos concluir que no es ajustado a Derecho por las siguientes consideraciones:

A) Aunque el art. 127 del Reglamento de Servicios otorga a la Corporación la potestad de alterar las tarifas a cargo del público y la forma de retribución del concesionario, dicho ejercicio debe realizarse en el procedimiento legal establecido para ello, es decir, a través de la elaboración y aprobación de la correspondiente Ordenanza.

B) Estando vigente la aprobada para el 2.004, no puede mediante un acto singular suspenderla o derogarla como ha ocurrido en el Decreto impugnado.

C) Si el servicio público de abastecimiento de aguas y saneamiento fue prestado por el concesionario durante dicho trimestre, el concesionario tiene según el art. 129.3 del Reglamento de Servicios derecho a percibir como retribución las tasas a cargo de los usuarios.

D) Por último, el fundamento que sirvió para acordar la suspensión de los recibos, ha resultado falaz, puesto que el Ayuntamiento no ha probado pese a ser requerido en fase de prueba, que dichos recibos no se ajustaran a las tarifas aprobadas y que no se correspondieran con el coste del servicio.

E) En todo caso, aunque admitiéramos a efectos dialécticos, que el Decreto se dictó en el seno de un procedimiento de revisión de tarifas (lo que no es de recibo porque para el ejercicio siguiente se aprobaron las mismas con una subida del 3'2%), la medida cautelar o suspensión acordada tampoco sería ajustada a Derecho, por cuanto la emisión de los recibos no causaría perjuicios de imposible o difícil reparación ya que el exceso de coste del servicio, si se hubiere llegado a acreditar, sería recuperable a través de la devolución de ingresos indebidos.

F) Estimamos en suma, que al margen de que el Ayuntamiento quisiera o no cumplir una promesa electoral, la medida que se adoptó en el Decreto impugnado era nula de pleno derecho, al prescindir del procedimiento legalmente establecido y no existir norma local o tributaria que ampare dicha decisión.

CUARTO.- La estimación del primer motivo y la declaración de nulidad del Decreto impugnado, conlleva la estimación del segundo, porque la Ley Jurisdiccional en su artículo 31.2 permite que la parte además de la pretensión de no ser conforme a Derecho al acto o disposición impugnado, ejercite la correspondiente del reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda. En el mismo sentido el art. 71 de la Ley Jurisdiccional sobre el contenido de la Sentencia. Por tanto no impide dicho pronunciamiento, la previa petición en vía administrativa, no sólo porque en el presente caso no fue posible al agotarse la vía administrativa con el Acto adoptado inaudita parte, sino porque con carácter general es así, al tratarse de una consecuencia jurídica de la nulidad o anulabilidad del acto, si se acreditan dichos daños y perjuicios.

Si la Sentencia de instancia y la actual declaran la nulidad del Decreto impugnado aunque con fundamentación jurídica diferente y la actora solicitó como restablecimiento de la situación jurídica individualizada la indemnización de daños y perjuicios concretados en la retribución dejada de percibir por la no emisión y puesta al cobro de los recibos del agua, debe existir un pronunciamiento estimatoria de dicha pretensión, porque la ejecutividad del Decreto impidió el cobro de la retribución por el servicio efectivamente prestado, y al no ser ya concesionaria del servicios no puede girarlos, por lo que será el Ayuntamiento que con su Resolución no conforme a Derecho causó el daño el que deba resarcir en la cantidad de 244.906'98 Euros más los intereses

correspondientes, sin perjuicio de que la Corporación repita a los usuarios del servicio.

QUINTO.- No procede la expresa imposición de costas conforme a los criterios regulados en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos **haber lugar al recurso de apelación** interpuesto por **AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. (AQUALIA)**, representada por el Procurador Sr. Medina Martín y defendida por el Letrado Sr. González Gavira contra sentencia dictada el 19 de Febrero de 2007 en las actuaciones también referidas en el encabezamiento del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Jerez que revocamos, y estimando en su integridad el recurso declaramos la nulidad del Decreto de 8 de Febrero de 2005 declarando el derecho de la actora a la puesta en circulación y cobro del recibo del ciclo integral del agua correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2004, condenando al Ayuntamiento a resarcir a la actora en los intereses legales correspondientes. Sin costas.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta resolución en el Libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.