

Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004 33010280 NIG: 28.079.00.3-2018/0026148

Recurso de Apelación 935/2020

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE SAN LORENZO DE EL ESCORIAL
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Recurrido: FCC AQUALIA S.A.
PROCURADOR D./Dña. ANA RAYON CASTILLA

Perito:

SENTENCIA Nº 260/2021

Presidente:

D./Dña. GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL

Magistrados:

D./Dña. ANGEL NOVOA FERNANDEZ

D./Dña. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS.

En la Villa de Madrid, a 21 de abril de 2021.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección, el recurso de apelación nº 935/2020 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN LORENZO DEL ESCORIAL, representado por el LETRADO CONSISTORIAL, contra Sentencia de 06 de julio de 2020 dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dieciséis de los de Madrid en autos de Procedimiento ORDINARIO número 497/2018. Es parte apelada FCC AQUALIA S.A., representada por la Procuradora D^a. ANA RAYON CASTILLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos, acordándose dar traslado de este a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo

Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Sala, tramitado el recurso, se señaló para votación y fallo de este recurso el 21 de abril de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Don Ángel Novoa Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, AYUNTAMIENTO DE SAN LORENZO DEL ESCORIAL, recurre la Sentencia de 06 de julio de 2020 dictada por la Ilma. Sra. D^a. Elisa Gómez Álvarez, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dieciséis de los de Madrid en autos de Procedimiento ORDINARIO número 497/2018, que acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Pdra. Dña. Ana Rayón Castilla en nombre y representación de FCC AQUALIA S.A contra resolución del Concejal Delegado de Servicios del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, de 7 de septiembre de 2018, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 30 de mayo de 2018, por la que se reclama a la mercantil actora el ingreso de los importes facturados por el Canal Isabel II Gestión S.A al Ayuntamiento, por importe de 79.228,66 € por incumplimiento del Acuerdo aprobado por la Junta de Gobierno Local, de 27 de marzo de 2013, en expediente 10278/2018 y anulo dichas resoluciones, por considerar que no son de conformidad a derecho, con expresa condena en costas.

La sentencia en cuestión destaca por su acierto y claridad tanto en la exposición como en la resolución del problema que ante la juez a quo se suscita.

Tratando de sistematizar sus aspectos más relevantes puntualizar:

- a. En el fundamento de derecho primero la sentencia apelada, centra la controversia:

Describe previamente el devenir de la relación contractual entre las partes, que nace el Contrato de Concesión del servicio público de abastecimiento de agua del AYUNTAMIENTO DE SAN LORENZO DEL ESCORIAL y FCC AQUALIA S.A, concurso licitado el 4 de marzo de 1985.

Señala, que transcurridos 28 años desde el Contrato de Concesión, el Ayuntamiento suscribió un Acuerdo con el Canal Isabel II Gestión S.A (CYII) para la mejora de la red de abastecimiento de agua en dicho municipio, cuyo Acuerdo, tiene una doble finalidad, por una parte, establecer los elementos de la fórmula a utilizar para la retribución a abonar por el Ayuntamiento al Canal, por el agua que

este último suministro al municipio , y por otra, regular el compromiso del Ayuntamiento para que en el plazo de cuatro años, el rendimiento de la red municipal sea al menos del 80% y se mantenga en años sucesivos. Indica, que en la cláusula 3ª del Acuerdo se establecen penalidades a imponer al Ayuntamiento, en caso de que este por si o a través de FCC AQUALIA, no consiga alcanzar el objetivo de rendimiento de la red del 80%, habiéndole conferido traslado a la actora del borrador del Acuerdo,

El CYII comunicó al Ayuntamiento en el mes de abril de 2017, que al no haberse alcanzado el rendimiento mínimo del 80% se había producido un incumplimiento del Acuerdo y procedía a la imposición de una penalización, que finalmente se emitió en una factura de 32.982,24 €, detectándose por el CYII un nuevo incumplimiento del año 2017, emitiendo una nueva factura por importe de 46.246,42 €. Dichas facturas, fueron abonadas por el Ayuntamiento, según se afirma por éste, si bien procedió en un momento posterior a reclamarlas de la actora, que considera que no debe abonarla, pues no le vinculan los acuerdos a los que haya llegado el Ayuntamiento con el Canal de Isabel II.

- b.** En su fundamento de derecho segundo, la sentencia plantea el debate jurídico sobre las dos cuestiones esenciales:

Por una parte, la vinculación de la actora al Acuerdo suscrito entre el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial y el Canal de Isabel II Gestión S.A, en su calidad de concesionaria del Contrato de Concesión de abastecimiento de agua en el municipio, Acuerdo que fue aprobado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 27 de marzo de 2013, ello a fin de repercutirle directamente las facturas remitidas por el Canal al Ayuntamiento demandado, por incumplimiento del objetivo relativo al rendimiento mínimo del 80% de la red municipal para el año 2016 y 2017,

Por otra parte, si existe incumplimiento del Contrato de Concesión suscrito en el año 1986, que haya impedido alcanzar el objetivo pactado entre el Ayuntamiento y CYII.

- c.** En su fundamento de derecho tercero concluye su análisis:

De lo hasta ahora expuesto, no parece que pueda deducirse sin más, que la concesionaria que no ha intervenido en el Acuerdo suscrito entre el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II Gestión S.A, deba responder directamente de los incumplimientos del Acuerdo, sin que se haya acreditado previamente una responsabilidad por culpa contractual, por incumplimiento de lo pactado en el Contrato de Concesión.

SEGUNDO.- La apelante alega en contra de la Sentencia de instancia: (1) realiza una valoración inadecuada de las pruebas; (2) quebrantamiento de la teoría de los actos propios por parte de la recurrente, ante la existencia de un acto claro e

inequívoco de aceptación del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno el 27 de marzo de 2013 entre el Ayuntamiento de San Lorenzo del Escorial y el Canal Isabel Segunda Gestión SA. Por lo que solicita el dictado de sentencia que deje sin efecto la apelada y, en consecuencia, confirme la Resolución recurrida, con expresa condena en costas.

La mercantil apelada se opone al recurso, alegando la inadmisibilidad del recurso ante la repetición del debate planteado en la primera instancia, así como la inexistencia de error alguno por parte de sentencia en la valoración de la prueba y adecuación a derecho de la misma,

TERCERO.- La apelación denuncia principalmente la errónea interpretación de la prueba en la Sentencia apelada. Al respecto, debe partirse, tratándose de un recurso de apelación, de la conocida jurisprudencia (entre otras, STS de 17 de octubre de 2017, rec. 3063/2016) que afirma sobre la valoración de la prueba realizada en instancia: *"En realidad, lo que se pretende por el Ayuntamiento recurrente es sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Sala de instancia por la versión subjetiva y particular de lo acaecido, lo que es inadmisibile, pues la valoración de la prueba sobre la base de las pruebas practicadas debe llevarse a cabo por los jueces, llamados legal y constitucionalmente a desarrollar la tarea de valorar la prueba practicada, bajo los principios de inmediación, oralidad --- en su caso---, concentración y contradicción efectiva de las partes, y por ello, su criterio ha de ser respetado, salvo errores o valoración ilógica, irrazonada o arbitraria de la prueba."*

La apelante de forma desacertada pretende invertir el debate probatorio al sostener que por parte de la recurrente , y teniendo en cuenta que no existió ninguna circunstancia que influyera en el funcionamiento de la red municipal , ni apercibimiento advertencia alguna por parte de la misma al Ayuntamiento de la necesidad de realizar obras de mejora para obtener el rendimiento óptimo de la red de abastecimiento municipal, supone por sí mismo la existencia de una serie de deficiencias, y escapes que influyeron directamente en el rendimiento de la red de abastecimiento, cuando la recurrente se encontraba sometida por el contrato a reparar las fugas en la red de abastecimiento a tenor de la cláusula octava del contrato de concesión, lo que de no haber ocurrido hubiera permitido alcanzar el porcentaje del 80% acordado con el Canal de Isabel Segunda .

Esta pretensión ya ha sido tratada y descartada con rotundidad en la sentencia de instancia, que, en el análisis de la prueba, y en función de la documentación contractual llega a una conclusión muy diferente.

... en el Acuerdo suscrito entre el Ayuntamiento demandado y CYII, en su Estipulación Segunda, el Ayuntamiento se compromete a adoptar por si o a través de órdenes que le dirija a Aqualia las medidas técnicas y económicas necesarias para mejorar el Rendimiento de la red municipal (...) de 80% como mínimo. Sin embargo, no consta por ningún medio, que la Administración haya dirigido a la concesionaria orden alguna a fin de que adoptara medidas técnicas o económicas

para mejorar el Rendimiento de la red municipal si bien la concesionaria es responsable del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas y Económicas que han sido transcritas, y ello pudiera incidir en el rendimiento de la red de abastecimiento, no ha quedado mínimamente acreditado por ningún medio, que la concesionaria haya incumplido dichas obligaciones, pues según reconoce la propia intervención en su informe al recurso de reposición, el Ayuntamiento nunca ha requerido a la concesionaria ni ha denunciado ningún incumplimiento, justificando tal omisión en el hecho de que no había recibido la penalización del Canal, hasta el 19 de abril de 2017. Luego, ante la ausencia absoluta de prueba sobre el pretendido incumplimiento de la recurrente, no puede acogerse la tesis que sostiene el Ayuntamiento de haber incumplido la obligación de búsqueda, localización y reparación a su costa de fugas y escapes, que haya tenido como consecuencia, no haber alcanzado el objetivo de Rendimiento de la red Municipal del 80%

Este razonamiento lejos de ser arbitrario absurdo o irracional se basa en un proceso de lógica jurídica plenamente acorde a la documentación contractual analizada en la sentencia y con la consecuencia final de que en absoluto, no de modo o manera relativa o dudosa, sino con rotundidad , existe prueba alguna que permita achacar a la recurrente hoy apelada cualquier incumplimiento contractual generador de las consecuencias jurídicas que pretende el Ayuntamiento .

En orden al quebrantamiento de la teoría de los actos propios por parte de la recurrente, ante la existencia de un acto claro e inequívoco de aceptación del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno el 27 de marzo de 2013 entre el Ayuntamiento de San Lorenzo del Escorial y el Canal Isabel Segunda Gestión SA

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de mayo de 2001, rec. 1247/1996, ha establecido que, con referencia a la doctrina de los actos propios, hay que consignar que es principio general de Derecho el que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes:

- a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor, y
- b) Que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente.

Mal se puede identificar como actos propios sean inequívocos en la recurrente, apelada, el trámite de audiencia que el ayuntamiento de concedió sobre un borrador del Acuerdo, y en el que se limita a exponer.... *Por parte de esta mercantil, no existen sugerencias técnicas que realizar como consecuencia de las repercusiones que, en la ejecución del contrato de concesión del servicio de aguas de San Lorenzo del Escorial, pudiera existir si el Ayuntamiento procede a la firma*

del acuerdo que se nos ha hecho llegar con la entidad Canal Isabel II Gestión. Teniendo en cuenta además, que el suministro complementario de agua solo se realiza para complementar los recursos municipales cuando estos son escasos, con el objeto de garantizar el suministro a la población.

Del mismo modo, tampoco detectamos a priori repercusiones sobre el contenido del contrato suscrito con nosotros pues las repercusiones que pudieran sobrevenir en el futuro siempre se podrían resolver en los términos del contrato actual, sin necesidad de modificación alguna del mismo..

Nótese que en el Acuerdo definitivo la actora ni interviene ni por ende lo firma, y es tan solo el Ayuntamiento quien, por sí o a través de las ordenes que dirija a Aqualia ,las medidas técnicas y económicas necesarias para mejorar el rendimiento de la red municipal, en el plazo de cuatro años se comprometía a alcanzar los objetivos, así como a abonar las facturas de penalidad por incumplimientos.

No consta en modo alguno que esas “ordenes derivadas de ese acuerdo” se le hubiese participado a AQUALIA, salvo la audiencia de un borrador.

En consecuencia, la concesionaria está únicamente vinculada al cumplimiento de las cláusulas administrativas que figuran en el Pliego del Contrato de Concesión. Dichas Cláusulas, no contienen ningún objetivo al que se haya comprometido alcanzar la recurrente.

Por todo ello, el recurso de apelación debe ser desestimado.

CUARTO.- De conformidad con el art.139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la apelante las costas causadas en apelación, con el límite de 1000 € por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, atendida la complejidad del caso enjuiciado y la actividad desplegada en el presente recurso.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación nº 935/2020 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN LORENZO DEL ESCORIAL, representado por el LETRADO CONSISTORIAL, contra Sentencia de 06 de julio de 2020 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dieciséis de los de Madrid en autos de Procedimiento ORDINARIO número 497/2018.

Se condena al pago de las costas causadas en esta instancia a la apelante, con la

limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último fundamento de derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0935-20 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0935-20 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.