

ROLLO DE APELACIÓN núm. 118/2014
SENTENCIA núm. 1013/2014

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

NOTIFICADO LEXNET 13/01/2015 Sr. Miras López -Coleg. 330
--

compuesta por los Ilmos. Srs.:
D. Abel Ángel Sáez Doménech
Presidente
D^a Leonor Alonso Díaz- Marta
D^a. Ascensión Martín Sánchez
Magistradas
ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A n° 1013/14

En Murcia a veintinueve de diciembre de dos mil catorce.

En el rollo de apelación n° 118/14 seguido por interposición de recurso de apelación contra sentencia n° 339/13 de fecha 16 de julio de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° tres de MURCIA dictada en el recurso contencioso administrativo n°. 122/2011, en cuantía 5.554.996,40€, en el que figuran como parte apelante la mercantil AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA SA representada por el Procurador Sr. Rentero Jover y asistida por el letrado Sr. Pérez Sempere y como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de MAZARRON representado por el Procurador Sr. Miras López y asistido por el letrado Sr. García Navarro, y sobre Liquidaciones por canon-complementario anual de concesión administrativa; siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. **Ascensión Martín Sánchez**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° tres de MURCIA, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 18-12-2014.



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada **estima en parte** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución de la Alcaldía-Presidencia del Excmo. Ayuntamiento de MAZARRON de fecha 2-02-2011, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra las Liquidaciones por el canon complementario anual-concesión de los servicios de agua potable a domicilio y alcantarillado, en concreto las liquidaciones 836158, 836160, 836161, 836162, 836163, 836164, y 836165, por el importe total de 3.980.568,77€ y ampliado posteriormente el recurso a la resolución del mismo órgano de fecha 30-11-11, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra las liquidaciones nº 934455 y 934456, por importe de 1.574.427,73€.

Y la Juzgadora tras analizar el carácter y naturaleza jurídica del canon complementario anual **como ingreso de derecho público** conforme a la definición contenida en el art. 5 de la ley 47/2003 de 26 de noviembre Ley General Presupuestaria, LGP. Y añadir que no se trata de un impuesto sino de un ingreso derivado de un contrato público que vincula las partes y conforme al contrato y las cláusulas del Pliego de condiciones de la concesión administrativa. Y se rechaza la caducidad por no existir plazo.

Y anula por prescripción las liquidaciones de los años 2002, 2003, 2004 y 2005 por prescripción, por transcurso del plazo de cuatro años. Y *debiendo realizarse nuevo cálculo de las confirmadas para la corrección de los errores aritméticos en los que se haya podido incurrir. Y sin costas.*

La parte demandada alegaba caducidad del expediente por transcurso del plazo de seis meses y prescripción de las liquidaciones practicadas por transcurso del plazo de cuatro años.

Y en cuanto a las liquidaciones confirmadas, a la vista de la cláusula 12 del Pliego de Condiciones del contrato de adjudicación y de la prueba practicada concluye, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, que existía un error aritmético al aplicar la fórmula para la determinación del canon anual, y que el IPC no puede ser aplicado como tasa de actualización, ya que esta vendrá determinada por el 11% , tasa estimada por la sociedad en su oferta para determinar el canon total , y que dicho porcentaje se tuvo en cuenta como condición para el anticipo del canon total , siendo el presente caso distinto , por cuanto aquí se liquida por primera vez. Y si hay pérdidas se entiende que el contrato se hizo por a riesgo y ventura de la recurrente, debiendo asumir los riesgos propios de la actividad comercial. Sentencia completada por Auto de fecha 14-10-2013, en el sentido “que procede que por la demandada se realice nuevo cálculo para corregir los errores aritméticos de los que se haya podido incurrir en las operaciones realizadas para determinar las liquidaciones.”

La apelante AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA SA señala:

-Su antecedente en el contrato de concesión administrativa del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado para el término municipal de MAZARRON.



-Y que el Ayuntamiento giraba liquidaciones en concreto nueve, en concepto de canon complementario anual por incremento en un 25% del número real de abonados al servicio, correspondiente a los ejercicios de 2002 a 2010 por importe conjunto de 5.554.996,40€, definido en la cláusula 12,3 del Pliego de condiciones. Y añade el concepto de canon complementario, que entiende es una forma revisora de la evolución del contrato.

Y alega de forma sucinta como motivos de impugnación de la sentencia: -Existencia de caducidad del expediente por transcurso del plazo de seis meses.

- La sentencia no acierta a la hora de determinar la verdadera naturaleza del canon complementario anual.

-Crítica del concepto de riesgo y ventura.

- Infracción de las normas que rigen los procedimientos de exigencia de ingresos de derecho público de las normas de contratación.

-Especial análisis a la inadecuada elección del IPC como tasa descuento o actualización del canon anual.

-Error en la apreciación de la prueba.

Y solicita:

-La nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por haber incurrido el Ayuntamiento en vía de hecho.

-El derecho de la recurrente a la extinción de las deudas por caducidad. -Y a la extinción de las deudas reclamadas por no ser conforme a derecho la metodología para el cálculo y definición de las liquidaciones practicadas.

Y se declare la obligación del Ayuntamiento de devolver el aval prestado en vía administrativa.

Por la parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de MAZARRON se opone al recurso de apelación y como antecedentes señala que se formalizó contrato del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado con la mercantil SOGESUR actualmente AQUALIA, con fecha 23-02-1994, por plazo de 25 años y actualmente en vigor.

Y añade que el contrato contemplaba la obligación del Ayuntamiento de satisfacer una contraprestación dineraria que se concretaba en dos formas. A) el abono de una cantidad fija en el momento en que perfecciona el contrato y que se denomina *canon total*. (cláusula décima).

Y que si se producía un incremento en el número de usuarios del servicio superior al 25%, el contratista estaba obligado a satisfacer un canon complementario anual, cláusula 12,3 del Pliego de Condiciones que regían la licitación. Y que estaba previsto que se debía presentar por el contratista una propuesta con la liquidación del canon complementario. Y reitera los argumentos del escrito de demanda, y que está acreditado el incremento del nº de habitantes por encima del 25% a partir del segundo bimestre del año 2002 y siempre desde entonces.

Y alega:

- No existencia de vía de hecho por parte de la Administración Local.

- La sentencia está motivada y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

-inexistencia de error en la valoración de la prueba.



Y que el canon total del servicio se realiza por el concesionario a su riesgo y ventura y conforme a sus propias previsiones de evolución de ingresos y gastos de los servicios. Y habiendo realizado el técnico municipal D. Pedro Sánchez el cálculo del coste unitario de manera correcta.

Y solicita se confirme la sentencia y con expresas condena en costas

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los contenidos en la presente resolución.

Es sabido que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.

Por otro lado la jurisprudencia (sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Por lo tanto los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso, ello sin perjuicio claro está de recordar que el recurso de apelación es un "novum iudicium" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia (auto del TC 122/98, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada (STS de 17 de enero de 2000).



TERCERO.- La Sala no comparte el criterio de la apelante AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA SA- en cuanto a la alegada:

-Caducidad del expediente, por transcurso del plazo de seis meses a que alude el art. 29 de la ley 1/98 y art. 133 y 150,1 de la LGT, ley 58/2003, por cuanto al no tratarse el canon de un tributo, como señala la Juzgadora, sino un ingreso de derecho publico, según la defincion contenida en el art. 5 de la ley 47/2003 de 26 de noviembre Ley General Presupuestaria, y derivado de un contrato administrativo, no existe plazo de caducidad. Y no se puede regir por la normativa tributaria. Por lo que no se precisa para girarlas un expediente de inspección o comprobación previo al no tratarse de un tributo. Pero es mas, esta SALA y Sección, a quien corresponde por via de reparto la materia tributaria se ha pronunciado en materia de tributos sobre la caducidad y sus efectos: Esta Sección ha señalado (así en sentencias 47/2006, de 30 de enero, 345/2006, de 19 de abril, 998/2008, de 21 de noviembre y 3/2011, de 26 de enero, dictada en el recurso 296/96 similar al presente), por lo que se refiere a la caducidad del expediente de gestión, tras la Ley 1/1998 de derechos y garantías del contribuyente, que el régimen de caducidad de los procedimientos de gestión tributaria no se altera sustancialmente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 58/2.003, General Tributaria, cuyo artículo 130 b contiene un nuevo régimen relativo a la caducidad del expediente de gestión, caducidad que sin embargo no se produce bajo la vigencia de la referida Ley 1/1998.

De acuerdo con la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992 los procedimientos administrativos en materia tributaria y, en particular, los procedimientos de gestión, liquidación, comprobación, investigación y recaudación de los diferentes tributos se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley.

La Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/92 modificó la Disposición Adicional Quinta, que pasó a quedar redactada como sigue: *los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la Ley General Tributaria, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las Leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley.*

En todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resoluciones, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria.

El artículo 23 de la Ley 1/1998, de derechos y garantías del contribuyente, disponía que el plazo máximo de resolución de los procedimientos de gestión tributaria será de seis meses, salvo que la normativa aplicable fije un plazo distinto. Las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la propia Administración interrumpirán el cómputo del plazo para resolverlo.

Sin embargo, esta Ley no aclara la cuestión y, además, dejó inalterado el régimen contenido en el artículo 105. 2 LGT según el cual la inobservancia de plazos por la Administración no implicará la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja.

Por consiguiente, el efecto de la falta de resolución de estos expedientes en plazo, bajo la vigencia de la Ley 1/1998, no es el archivo del expediente, sin perjuicio de la aplicación del régimen del artículo 105.2 LGT que daba lugar a reclamar en queja excluyendo la caducidad.

CUARTO.- Y sobre la alegación de que: La sentencia no acierta a la hora de determinar la verdadera naturaleza del canon complementario anual. La sentencia motiva y razona el carácter de ingreso de derecho público, conforme a la definición contenida en el Art. 5 de la ley 47/2003 de 26 de noviembre Ley General Presupuestaria, LGP. Y añadía que no se trata de un



impuesto sino de un ingreso derivado de un contrato público que vincula las partes y conforme al contrato y las cláusulas del Pliego de condiciones de la concesión administrativa.

Y según el pliego, que se pagara cada año y de una sola vez, en el primer trimestre natural del mismo.

La disconformidad con el criterio de la Juzgadora, y la naturaleza jurídica del canon, no se acredita que sea errónea, en esta segunda instancia.

Y no constituye la actuación de la Administración Local ninguna vía de hecho, por cuanto según la cláusula 12 del Pliego de condiciones, que rigen el contrato de adjudicación, el contratista estaba obligado a satisfacer un canon complementario anual, cláusula 12,3 del Pliego de condiciones que regían la licitación. Estipulación del contrato, y que esta acreditado el incremento del nº de habitantes por encima del 25% a partir del segundo bimestre del año 2002 y siempre desde entonces.

La concesionaria podía proponer una liquidación del canon y al no hacerlo es la Administración Local la que gira las liquidaciones, por el **canon complementario anual**, que son las que se discuten y la metodología para el cálculo de las liquidaciones. Al estar acreditado el incremento del nº de habitantes en más del 25% a partir del segundo bimestre del año 2002. La empresa concesionaria había de presentar al ayuntamiento una propuesta de liquidación del canon complementario. Que sabía que tenía que satisfacer en el primer trimestre de cada año natural, cuando se produjera un incremento de más del 25% en el nº de habitantes respecto de los existentes en el momento del comienzo de las prestaciones del servicio. *Pago se que pagara al Ayuntamiento cada año y en una sola vez, en el primer trimestre natural del mismo* (cláusula 12). Y para cuyo cálculo se atenderá a la diferencia entre las previsiones de costes y de funcionamiento del servicio.

La Administración Local giro las liquidaciones aquí reclamadas, cuando se acreditó tal extremo, del incremento de más del 25% en el nº de habitantes, que tampoco es objeto de discusión.

Y es lo cierto, que hasta esa fecha no consta ni se acredita que el Ayuntamiento haya incurrido en vía de hecho ante la falta de propuesta de liquidación del canon complementario de la concesionaria, en la obligación de proponer liquidación y luego giradas las liquidaciones del canon complementario por el ayuntamiento.

QUINTO.- Sobre las liquidaciones de canon complementario anual 836158, 836160, 836161, 836162, declaradas prescritas por transcurso del plazo de cuatro años, a que alude la Ley general Presupuestaria LGP, al haber sido notificadas el 15-11-2010, ninguna de las partes muestra disconformidad en esta instancia con el plazo de prescripción de cuatro años, por lo que ha decaído el derecho de la Administración Local a exigir la deuda de las liquidaciones del año 2002, 2003, 2004 y 2005 por prescripción. Y en ese sentido se confirma la sentencia apelada.

Y con respecto a las liquidaciones 836163, 836164, y 836165, y ampliado posteriormente a las liquidaciones nº 934455 y 934456, confirmadas por la sentencia de instancia, que son las únicas sobre las que se confirma el acto administrativo impugnado, pero que según la sentencia: “procede que por la demandada se realice **nuevo calculo** para corregir los



errores aritméticos de los que se haya podido incurrir en las operaciones realizadas para determinar las liquidaciones.”

Por lo que, cuando se practiquen, esas nuevas liquidaciones del canon complementario anual, serán nuevos actos administrativos. Y no se acredita de forma suficiente que la forma del cálculo, vulnere las condiciones establecidas en la cláusula 11 del Pliego para su determinación, por otra parte bastante ambigua, pues según el informe de fecha 24 de abril de 2009 del D. Pedro Sánchez García en su condición de Técnico Económico-financiero, folios 1 y sgts del expediente administrativo, y parcial practicada en la inmediación procesal. De la prueba pericial de la actora D. Ángel Muñoz Martín, (acta de 18-06-12) se dice que el canon complementario lo que realmente representa es el nº real de m³ de agua consumidos y que para la determinación del canon complementario anual se tendría en cuenta la estimación de coste, ingresos –y gastos y según el Ayuntamiento este canon es para mantener el equilibrio económico del contrato.

Y el Ayuntamiento para su determinación aplica la formula $CC25t=It-Rt-CATt-CCOt$.

-Canon total exigido según la cláusula 12,3 del Pliego de condiciones del contrato.

-Y otro canon complementario anual, (nº 12 del pliego) la cuantía de este canon, para cada año en que se cumpla la condición ((mas del 25% de abonados), se calculara en la forma dispuesta en la cláusula anterior, para el *canon inicial, deduciendo de éste el canon anual cuantificado en pesetas del año natural correspondiente, ya devengado y pagado dentro del canon total.*

*Y a efectos, de actualización del canon anual, la sentencia expresamente señala que se ha incurrido **en un error aritmético** al aplicar la formula y que el IPC no puede ser aplicado como tasa de actualización, ya que vendrá determinada por el 11%, tasa estimada por la sociedad en su oferta para la determinación del cano total, siendo el presente un supuesto distinto, de determinación del importe de un canon que se liquida por primera vez. Y debiendo realizarse **nuevo cálculo** de las liquidaciones confirmadas.*

Y por ello, se practicaran nuevas liquidaciones, con un nuevo cálculo, sin que para la práctica de ese nuevo cálculo se haya acreditado, otros extremos a tener en cuenta, en esta segunda instancia conforme al art. 217 de la LEC.

Y si resulte un desequilibrio económico, la parte puede acudir a los mecanismos previstos en el propio Pliego de condiciones. Y sobre todo, una obligación por parte de la Administración Local y de la concesionaria del respeto a los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y de los actos propios. Con sometimiento al pliego de condiciones, conforme al Art. 3 de la ley 30/92 de 26 de noviembre del Régimen jurídico de la Administraciones públicas y PAC y 9,3 de la CE.

Ello nos lleva a la desestimación del recurso.

QUINTO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación formulado, confirmando la sentencia apelada; Y dado que se ha tenido que valorar el método utilizado para la determinación y cuantificación del canon complementario, sin expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS
CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

F A L L A M O S

Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 339/13 de fecha 16 de julio de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº tres de MURCIA dictada en el recurso contencioso administrativo nº. 122/2011, en cuantía 5.554.996,40€, en el que figuran como parte apelante la mercantil AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA SA representada por el Procurador Sr. Rentero Jover y asistida por el letrado Sr. Pérez Sempere y como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de MAZARRON representado por el Procurador Sr. Miras López y asistido por el letrado Sr. García Navarro, y sobre Liquidaciones por canon- complementario anual derivado de concesión administrativa; que se confirma íntegramente.

Y sin expresa imposición de las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Cabecera	
Remitente:	[3003033002] TRIB SUPERIOR JUSTICIA SALA 2 CONT-ADVO
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 9: SENTENCIA 01013/2014 Est.Resolución:Publicada
Fecha LexNET:	lun 12/01/2015 09:06:43

Datos particulares	
Remitente:	[3003033002] TRIB SUPERIOR JUSTICIA SALA 2 CONT-ADVO
Destinatario:	JOSE MIRAS LOPEZ Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000118/2014
Tipo procedimiento:	AP
Descripción:	Comunicacion del Acontecimiento 1: SENALAMIENTO VOTACION Y FALLO
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201510061295108

Archivos adjuntos	
Principal:	00000096382015300303300232.RTF
Anexos:	-

Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	-