

**CARMEN RIBAS BUYO**  
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :10/04/18  
M/ REF.: 8254  
LETRADO:JOSEP Mº PLAYA MASSAGUER  
CARLOS MENENDEZ MARTINEZ  
EVA ROS AGUILERA  
FINE PLAZO:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**

**Rollo de apelación nº 190/2017**

**SENTENCIA Nº 235/2018**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA**

**Magistrados**

**DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS**

**DON FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS**

**DOÑA ANA RUBIRA MORENO**

**DON EDUARDO PARICIO RALLO**

En la ciudad de Barcelona, a 20 de marzo de 2018.

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA)** ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Rollo de Apelación nº 190/2017, interpuesto por la Sociedad MINA PÚBLICA D'AIGÜES DE TERRASSA SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio López Chocarro y defendida por Letrado, siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE TERRASSA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carme Ribas Buyo y defendido por Letrado.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** - En el recurso contencioso-administrativo nº 444/2016, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Barcelona, a instancias de la Sociedad aquí apelante, frente al Ayuntamiento demandado y apelado, se dictó Auto en fecha 18 de enero de 2017, en la pieza separada de medidas cautelares, por el que se acordó que *“No ha lugar a la suspensión cautelar interesada por la parte recurrente; sin costas”*.

**SEGUNDO** - Contra el referido Auto se formuló recurso de apelación por la parte actora, que fue admitido a trámite, con traslado a la parte demandada, que evacuó escrito oponiéndose a dicho recurso.

**TERCERO** - Elevadas las actuaciones a la Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose acordado la apertura del procedimiento a prueba en esta alzada ni celebrado vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso, el 13 de marzo de 2018.

**CUARTO** - En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** - 1) Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo nº 444/2016, del que conoce en 1ª instancia el Juzgado de lo Contencioso nº 9 de Barcelona, la impugnación por la Sociedad actora de los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Terrassa, en sesión de fecha 1 de diciembre de 2016, del tenor siguiente en su parte bastante a los efectos del presente recurso de apelación:

*“Segon.- Donar per extingit el contracte de concessió per a l'explotació del servei d'abastament i subministrament d'aigua a Terrassa atorgat a (la actora) el 10 de desembre de 1941 per l'acabament del termini de 75 anys, amb efectes a data 9 de desembre de 2016, que comporta la reversió dels béns i instal·lacions afectes al d'abastament d'aigua descrits als annexos 1 i 2, amb tots els seus elements...necessaris per al seu normal funcionament, més les reposicions, actualitzacions i millores de que hagin pogut ser objecte fins a la data de la seva reversió.*

*Tercer.- Posar aquests béns i instal·lacions a disposició de (la actora) per a que a partir del 10 desembre de 2016 continuï prestant el servei públic d'abastament d'aigua de Terrassa pel termini màxim de 6 meses, en virtut de l'acord aprovat pel Ple en data 29 de setembre de 2016”.*

2) Se remite la parte actora, en el suplico de su recurso de apelación, a lo solicitado mediante Otrosí en el escrito de interposición del recurso contencioso, en el sentido de que se acuerde: *“La suspensión de los Acuerdos del Pleno de 1 de diciembre, por los que se aprueba el Proyecto de Reversión y la Prórroga Forzosa impuesta a (la actora)”*; y *“La remisión urgente al Ayuntamiento de Terrassa, de un requerimiento para que se abstenga de llevar a cabo actos de ejecución de los Acuerdos (impugnados)”*.

La representación procesal del Ayuntamiento de Terrassa, en el escrito de oposición al recurso de apelación, interesa la desestimación del mismo y la confirmación del Auto apelado.

**SEGUNDO** - No está de más, a la vista del contenido del recurso de apelación formulado por la parte actora (de extensión desmesurada e injustificada, tres veces y media el máximo previsto para el recurso de casación, ex art. 87 bis.3 LJCA), recordar la doctrina jurisprudencial sobre las medidas cautelares, que sintetiza, por todas, la STS, Sala 3ª, de 21 de octubre de 2010, rec. 3110/2010, en su FJ 4º:

*“...la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra...por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes **notas**:*

*1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).*

*2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del **periculum in mora**. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".*

*3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".*

*4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo **sin prejuzgar el fondo del litigio**, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.*

*5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la **apariencia de buen derecho** (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.*

*6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los*

*intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.*

*7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".*

*8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).*

*9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).*

2) Señala a su vez la STS, Sala 3ª, de 15 de septiembre de 2003, rec. 12/2000, en su FJ 3º, que "La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar", siendo así que "la carga de la prueba sobre el perjuicio que puede causar la ejecución del acto corresponde a quien lo alega" (STS, Sala 3ª, de 14 de mayo de 2008, rec. 3562/2007, FJ 2º; y en el mismo sentido, las de 12 de septiembre de 2007, rec. 4506/2005, FJ 3º; y 17 de junio de 2008, rec. 1022/2007, FJ 4º).

**TERCERO** - En el presente supuesto, denegada por el Juzgado a quo, a tenor del Auto apelado, la medida cautelar suspensiva solicitada por la Sociedad concesionaria actora, y a la vista de los motivos que se extraen de su recurso de apelación, procede poner de manifiesto que:

1) Extinguida como en este caso la concesión, por transcurso del término de la misma, 75 años, la reversión de los bienes e instalaciones afectos al servicio -de suministro de agua potable al municipio concernido- constituye como es sabido una previsión ex lege, invocando al respecto la resolución impugnada, el art. 283.1 del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, y los arts. 261.1 y 262.1 del Decret 179/95, de 13 de junio, ROAS.

E igualmente, con arreglo al art. 235 a) ROAS, el concesionario, extinguido normalmente el contrato, está obligado a prestar el servicio "fins que un altre es faci càrrec de la seva gestió".

2) Partiendo de lo antedicho, que la reversión acordada por el Ayuntamiento demandado y apelado incluya, como afirma la actora, bienes y derechos de su titularidad privada, es algo que no resulta en este momento de lo actuado en esta pieza separada, y que no puede justificar por ende, en cualquier caso, una medida como la solicitada, de suspensión de todo el proceso inherente a la extinción de la concesión.

Así pues, constituye aquí mera retórica las invocaciones a una presunta “*expropiación por vía de hecho*” o al “*desmantelamiento*” de la actora, siendo en los autos principales, a falta de toda evidencia en esta pieza, donde deberá dilucidarse el alcance y eventual exceso de la reversión acordada, debe recordarse, como previsión ex lege.

3) En lo que se refiere a las condiciones impuestas a la actora en relación con la continuidad forzosa en la prestación del servicio público de abastecimiento de agua al municipio, se citan en el recurso (fol. 49 del mismo), como ejemplo de gravosidad: i) La obligación de comunicar cualquier contratación de nuevo personal; ii) Lo mismo, en cuanto a nuevos contratos o prórroga de los vigentes; iii) La facultad municipal de inspección del servicio.

Con evidencia, se trata de previsiones proporcionadas, acordes con la provisionalidad de la gestión del servicio subsiguiente a la extinción de la concesión, que de cualquier modo, ningún perjuicio irreparable consta que puedan causar a la actora, que justifique la suspensión solicitada.

4) En cuanto a las condiciones económicas acordadas por el Ayuntamiento demandado, destinadas a regir ese período de continuidad forzosa en la prestación del servicio, a las que se alude en el recurso como “*imposición unilateral de un nuevo régimen, jurídico, económico y de obligaciones*”, no se concretan en el recurso qué previsiones son las que deben producir a la ex concesionaria perjuicios de imposible reparación.

Sin embargo, la defensa del Ayuntamiento afirma, y no se desmiente en el recurso, que la prórroga de la prestación contempla un beneficio industrial en favor de la actora.

Así las cosas, que dicho beneficio industrial sea o no suficiente, y que las condiciones de la prórroga forzosa mantengan o no el equilibrio financiero del servicio, es algo que no puede ni debe dilucidarse en este momento y en esta pieza, a falta de cualquier evidencia sobre tales cuestiones, pudiendo ser resarcidos los eventuales perjuicios de la actora al respecto, por el Ayuntamiento demandado, a tenor de lo que se decida en Sentencia.

5) La actora afirma en el recurso que “*ha prestado el Servicio con los más altos estándares de calidad y su continuación es garantía de la plena satisfacción del Servicio*” (fol. 15), y que “*el interés público en el Servicio de Terrassa se garantiza con la continuidad de (la actora) en la prestación del Servicio*” (fol. 78).

Cabalmente, de eso se trataría, mediante la adopción de la medida suspensiva que postula.

Pero no procede acordarla, tal como ya entendió con acierto el Juzgado a quo, por cuanto, frente a ese interés particular de la Sociedad ex concesionaria, prevalece el interés público, representado por la ejecutividad del acuerdo plenario municipal, a falta de cualquier evidencia, que debería ser palmaria en este momento procesal, de su nulidad de pleno derecho o de su ilegalidad.

Interés público que se manifiesta también en la procedencia de que, extinguida la anterior concesión, el Ayuntamiento pueda llevar a cabo las actuaciones previstas legalmente, propias y subsiguientes a tal situación de extinción.

**CUARTO** - Procede por todo ello, confirmar el pronunciamiento denegatorio del Auto apelado, desestimar el presente recurso de apelación y conforme al art. 139.2 y 4 LJCA, imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante, no concurriendo circunstancias que justifiquen la no imposición, bien que hasta el límite de 2.000 euros.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra el Auto dictado en fecha 18 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Barcelona, que se confirma por estimarse ajustado a derecho.

**2º.- CONDENAR** a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta alzada, hasta el límite de 2.000 euros.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado

Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.