

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 600/2016****SENTENCIA NÚMERO 320/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En la Villa de Bilbao, a dieciocho de julio de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 76, dictada el 15-4-2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Tres de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 6/2015, en el que se impugna la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto ante el Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia frente a la factura 105778512014143 liquidada por el servicio de abastecimiento de agua potable que le ha sido prestado durante el período transcurrido entre el 17 de febrero y 21 de mayo de 2014.

Son parte:

- **APELANTE:** COMUNIDAD DE PROPIETARIOS MONTE BERRIAGA, representada por el Procurador D. ALFONSO JOSÉ BARTÁU ROJAS y dirigida por el Letrado D. ALFREDO RUBÉN FERNÁNDEZ RANCAÑO.

- **APELADAS:** CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA y AYUNTAMIENTO MUNGIA, representados y dirigidos, respectivamente, por los Procuradores D. XABIER NÚÑEZ IRUETA y D. GERMÁN ORS SIMÓN y por los Letrados D. ÍÑIGO AMÁNN GARAMENDI y D. MIGUEL ÓSCAR GOITISOLO GARCÍA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS MONTE BERRIAGA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia de conformidad con sus pedimentos.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 7-7-2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia dictada el 15-4-2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao en el procedimiento ordinario 6/2015 que desestimó el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios Monte Berriaga contra la desestimación presunta de los recursos de reposición dirigidos contra las liquidaciones de la tasa de abastecimiento de aguas (facturas 105778512014143-4232) extendidas por el Consorcio de Aguas Bilbao-Bizkaia, ampliado a las resoluciones de 23-3-2015 que desestimaron expresamente aquellos recursos.

La recurrente había solicitado en el escrito de demanda que:

"Ordene al Consorcio que, en lo sucesivo, mientras las condiciones actuales de prestación del servicio por parte de este Consorcio no varíen, el citado servicio de abastecimiento de agua pase a ser facturado a la Comunidad de Propietario Monte Berriaga con arreglo a la tarifa establecida para los usuarios en red primaria. Todo ello,

sin perjuicio de que la estimación del presente recurso contencioso-administrativo motive la revisión de oficio de todas las facturas que se hubiesen emitido con anterioridad por el Consorcio a los miembros de la Urbanización Monte Berriaga con arreglo a la tarifa establecida para los usuarios en red secundaria"

Y la misma parte en el escrito de conclusiones hizo el siguiente suplico:

"2.- Ordene al Consorcio que, en lo sucesivo, mientras las condiciones actuales de prestación del servicio por parte de este Consorcio no varíen, el citado servicio de abastecimiento de agua pase a ser facturado a la Comunidad de Propietarios Monte Berriaga con arreglo a la tarifa establecida para los "suministros en red primaria o alta a ayuntamientos consorciados". Todo ello, sin perjuicio de que la estimación del presente recurso contencioso-administrativo motive la revisión de oficio de todas las facturas que se hubiesen emitido con anterioridad por el Consorcio a los miembros de la Urbanización Monte Berriaga con arreglo a la tarifa establecida para los usuarios en red secundaria".

La sentencia de instancia ha apreciado ya no el planteamiento de una cuestión nueva en el escrito de conclusiones, prohibido por el artículo 65-1 de la Ley Jurisdiccional, sino una variación sustancial en la pretensión deducida en demanda, y es que en ese trámite se solicitó la facturación del servicio de abastecimiento de agua conforme a la tarifa establecida para los suministros en red primaria; en cambio, en el escrito de conclusiones se solicitó la aplicación de la tarifa correspondiente a los suministros en red primaria o alta a ayuntamientos concertados.

Los usuarios en red primaria, a los que se refiere el artículo 5 apartado d) de la Ordenanza de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, son sujetos de naturaleza distinta, evidentemente, a la que corresponde a los municipios concertados, a los que se refiere el apartado a) del mismo precepto, y por esa razón son también de distinta naturaleza el concepto cuyo abono corresponde a los usuarios en red primaria que el precio que, según el apartado I.1 del Anexo I de la Ordenanza Fiscal, corresponde a los suministros en red primaria o alta a ayuntamientos concertados.

El apelante recoge algunos párrafos del recurso de reposición y del escrito de demanda para acreditar que el suplico del escrito de conclusiones no ha introducido una cuestión nueva, pero no se trata del planteamiento de una cuestión nueva en ese trámite sino de una variación sustancial de la pretensión de la recurrente, según ha entendido la sentencia apelada y los apelados en sus respectivos escritos de oposición al recurso de apelación.

Además, las alusiones a la tarifa de suministro en red primaria a ayuntamientos concertados en el escrito de demanda, y antes en el recurso de reposición, no se han proyectado en el suplico de ese escrito. Por el contrario, la pretensión tarifaria deducida en ese trámite es congruente con el régimen propio de los usuarios en red primaria, postulado por la recurrente en oposición al régimen tarifario de suministro en la red secundaria, tal como ha apuntado el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

Y no otra fue la cuestión debatida y resuelta por la sentencia apelada, en congruencia con los motivos que sustentaron el recurso y la oposición de las demandadas a su estimación.

**SEGUNDO.-** Excluido el examen de la pretensión de la recurrente de aplicación de la tarifa correspondiente a los suministros en red primaria o alta a los ayuntamientos concertados no hay que dilucidar otra cuestión que la referida a la aplicación, indebida según la apelante, de la tarifa para los usuarios en red secundaria.

La sentencia de instancia aun dando por acreditado que el abastecimiento a la Comunidad de Propietarios se produce desde la red primaria, lo que según explica la propia sentencia (fundamento 5º) y más pormenorizadamente el Ayuntamiento apelado, tiene más que ver con el establecimiento del servicio de abastecimiento de aguas a la ECU sucedida por la entidad recurrente y su conexión unilateral, "a fortiori" a la red de suministro general que con hechos o decisiones atribuibles al Consorcio de Aguas Bilbao-Bizkaia, no reconoce a la recurrente la condición de usuario en red primaria. Y ha de confirmarse esa conclusión toda vez que son usuarios en red primaria los usuarios no domésticos, individualmente considerados, que por las características de su actividad soliciten caudales medios por año de volumen igual o superior a cuatro litros por segundo y que dispongan de contrato específico con el Consorcio y sean abastecidos por este desde la red primaria, según el artículo 5 d) de la precitada Ordenanza.

Por lo tanto, el abastecimiento de agua desde la red primaria es condición necesaria pero no suficiente para tener la condición de usuario en red primaria.

El consumo de agua de la Comunidad de Propietarios es doméstico y comprende no solo el de sus miembros individualmente considerados sino también el destinado a los elementos comunes, y de hecho la facturación se extiende solo a nombre de la Comunidad y no de esta y a la vez de sus propietarios.

Así las cosas, no se cumplen los requisitos "subjetivos" señalados por la precitada disposición de la Ordenanza, y tampoco la Comunidad de Propietarios ha solicitado la asignación del caudal de agua a que se refiere el precepto y suscripto el correspondiente contrato con el Consorcio.

Por el contrario, el concepto de usuarios en red secundaria tiene un carácter residual ("son los restantes usuarios ...") y comprende tanto a los consumidores individuales como colectivos (artículo 5, apartado e de la Ordenanza).

No hay en la Ordenanza un "tertius genus" en que pudiera encajar la particular configuración de la red de abastecimiento de agua a la Comunidad de Propietarios, pero lo que no puede pretenderse es que la Ordenanza, no impugnada directa o indirectamente, se acomode a esa particular situación y no al revés.

La pretensión de la apelante no puede ser estimada sin incurrir en la inaplicación y/o aplicación indebida del artículo 5 de la Ordenanza, ya no digamos en la trasposición

al ámbito de relaciones entre usuarios y Consorcio de Aguas de relaciones entre la Comunidad de Propietarios como sucesora de la ECU del mismo nombre con el Ayuntamiento derivadas de la ordenación y desarrollo urbanísticos en el ámbito de implantación de la red de abastecimiento a que se refiere el contencioso.

Por otra parte, no puede asimilarse a los efectos discutidos en este procedimiento la posición de la Comunidad de Propietarios a la del Ayuntamiento de Munguía, porque la de aquella viene definida por su condición de consumidora final, gestión aparte de varios tramos de la red de abastecimiento comprendidos entre la toma o conexión a la derivación de la red general y el depósito regulador y otras instalaciones internas, con la del Ayuntamiento determinada por su condición de entidad consorciada.

Por la misma razón, no viene al caso el debate sobre la titularidad de la red de abastecimiento "interna" de la Comunidad de Propietario, y las obligaciones del Ayuntamiento de Munguía respecto al mantenimiento o conservación de esa infraestructura, y la resolución de esa cuestión en la sentencia dictada por esta Sala el 4-11-2015 en el Recurso 905/2012 que la apelante ha citado en el escrito de formalización de ese recurso, y no antes en la instancia, tal vez para acomodar los fundamentos de su pretensión a la planteada ex novo en el escrito de conclusiones, y menos la réplica de esa invocación mediante la del voto (particular) que no expresó el voto mayoritario del Tribunal.

El que por propietario de la red de abastecimiento "interna" haya que tener al Ayuntamiento de Munguía y que esta entidad sea la obligada a la conservación de esa dotación una vez extinguida la Entidad de colaboración urbanística "Monte Berriaga" o producida efectivamente la subrogación del Ayuntamiento en los deberes de conservación asumidos antes por esa ECU, no altera la condición de usuario-consumidor de la Comunidad de Propietarios que ha determinado la aplicación de la tarifa discutida (usuarios en red secundaria) en oposición a la de usuarios en red primaria solicitada por la recurrente en el escrito de demanda.

**TERCERO.-** Y de conformidad con el artículo 139-1 de la Ley Jurisdiccional hay que imponer las costas de esta instancia a la parte apelante.

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS MONTE BERRIAGA** contra la sentencia número 76, dictada el 15-4-2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Tres de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 6/2015, confirmando la resolución apelada; e imponemos a la apelante las costas del procedimiento.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

---

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 18 de julio de 2016.

---