



Roj: **STS 182/2015 - ECLI:ES:TS:2015:182**

Id Cendoj: **28079130072015100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **22/01/2015**

Nº de Recurso: **3129/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATSJ CAT 457/2013,**
STS 182/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **SÉPTIMA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 22/01/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 3129 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 22/10/2014

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas **Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián
Escrito por: MSA

Nota:

Recurso contra autos dictados en pieza separada de suspensión contra Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, que inadmitía por extemporáneo el recurso especial en materia de contratación contra Acuerdo del Consejo Metropolitano del Área Metropolitana de Barcelona por el que se adoptaban diversas decisiones respecto a la implantación del ciclo integral del Agua en esa área.

Las medidas cautelares no amparan las pretensiones maximalistas de juicios de fondo anticipados, la limitación de su cognitio es imperativo del art. 130.1 LJCA .

No se produce daño irreversible a la competencia.

La Jurisprudencia de esta Sala respalda la argumentación de los Autos recurridos respecto a la apariencia del buen derecho.

RECURSO CASACION Num.: 3129/2013

Votación: 22/10/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Vicente Conde Martín de Hijas

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SÉPTIMA****Excmos. Sres.: Presidente:****D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez****Magistrados:****D. Nicolás Maurandi Guillén****D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva****D^a. Celsa Pico Lorenzo****D. José Díaz Delgado****D. Vicente Conde Martín de Hijas**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 3129/2013, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Gloria Mesa Teichman, en nombre y representación de Acciona Agua, S.A. contra los Autos de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de mayo de 2013 y de 19 de julio 2013, dictados en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo número 27/2013 .

Ha sido parte recurrida la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., representada por la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón y Área Metropolitana de Barcelona, representada por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo nº 27/2013 , interpuesto por Acciona Aguas, S.A., contra Resolución de 13 de diciembre de 2012 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, por la que se inadmite por extemporáneo el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el Acuerdo del Consejo Metropolitano del Area Metropolitana de Barcelona de 6 de noviembre de 2012, por el que se adoptan diversas decisiones respecto a la implantación del ciclo integral del Agua en el Area Metropolitana de Barcelona y contra ese mismo acuerdo de 6 de noviembre de 2012, dictó Auto de 15 de mayo de 2013 , cuyos Fundamentos de Derecho y Parte Dispositiva son del tenor literal siguiente:

« **PRIMERO.-** Parece innecesario glosar aquí los requisitos legales y jurisprudenciales que deben concurrir para la adopción de la medida cautelar solicitada, que las partes conocen sobradamente y que han analizado de forma detallada en sus respectivos escritos de alegaciones. Por ello. puede abordarse directamente el examen de si se dan en este caso razones que justifiquen la suspensión de la efectividad del acuerdo impugnado.

SEGUNDO.- No cabe duda que el elemento fundamental que debe ponderarse a la hora de resolver sobre la procedencia de toda medida cautelar no es otro que la existencia de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, que puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso, en los términos que utiliza el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional .

La parte actora argumenta que si se ejecuta el acuerdo aquí impugnado y se constituye la sociedad mixta para la prestación del denominado servicio del ciclo integral del agua en el territorio metropolitano de Barcelona, se va a crear una situación de hecho irreversible o de muy difícil reversión, aunque en su día se obtuviera una sentencia firme favorable a sus intereses; una situación cuya reversión, o vuelta atrás será una operación de compleja y muy costosa realización, máxime cuando el servicio del ciclo integral metropolitano que se pretende establecer rompe el ámbito del servicio de abastecimiento en alta para el abastecimiento a poblaciones, mediante la red básica Ter-Llobregat, de titularidad autonómica, como ha puesto de relieve la Agencia Catalana del Agua en sus alegaciones en el expediente. También alega que el acuerdo suprime el incremento de forma sustancial del precio de los servicios del agua.

Ahora bien, todas estas consideraciones no pueden prosperar. Es cierto que los efectos jurídicos derivados del acuerdo que se impugna en este proceso revisten una indudable complejidad, pero de ello no deriva que sean necesariamente irreversibles. De hecho, como ponen de relieve las partes demandadas, el propio convenio con la empresa codemandada ya prevé los efectos de una extinción anticipada de aquél, que resultaría perfectamente



viabile en el supuesto de que prosperasen las pretensiones de la recurrente. No cabe identificar la complejidad de una actuación jurídica con la irreversibilidad de la misma, puesto que, de seguirse este criterio postulado por la recurrente, se convertiría lo que es excepción (la suspensión del acto administrativo) en regla, por el simple hecho de que éste revistiera una cierta envergadura jurídica o económica. No cabe considerar que la efectividad de lo acordado vaya a privar de efectividad a una hipotética sentencia estimatoria.

Por otra parte, respecto de la invocada ruptura de un servicio de titularidad autonómica, con independencia de que la parte carece de legitimación sobre ello, este extremo ha sido objeto de estudio en la pieza cautelar de otro proceso contencioso administrativo.

Por último, el presunto encarecimiento del precio del agua, (sin perjuicio, igualmente, de que en nada le afecta a la mercantil actora en calidad de usuaria), no aparece mínimamente acreditado.

En consecuencia, desde esta perspectiva del "periculum in mora", no cabe considerar que la efectividad de lo acordado vaya a privar de efectividad a una hipotética sentencia estimatoria.

TERCERO.- Considera también la actora, tomando como referencia la ponderación de los intereses en conflicto que exige el citado precepto de la Ley Jurisdiccional, que no habría perjuicio para el interés público en caso de suspensión del acuerdo ya que ambos, AMB y la empresa existente, seguirían prestando el servicio como hasta ahora, pero olvida que precisamente las partes han llegado al acuerdo impugnado por entender que con la prestación del servicio público del ciclo integral del agua se satisfaría mejor ese interés público y de los usuarios, al margen de que dicho interés va ínsito en principio en los actos de una Administración pública.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho de la pretensión anulatoria que deduce la actora (por contra, la apariencia de ilegalidad del acuerdo impugnado), extremo sobre el que se extiende dicha parte a lo largo de numerosas páginas, es necesario recordar que la jurisprudencia ha precisado que este elemento no puede determinar por sí solo la adopción de una medida cautelar, y que ello sólo podrá tener lugar, en síntesis, cuando se trate de un acto de ejecución de una disposición o resolución que previamente ha sido declarada nula, o bien cuando se hayan estimado en el fondo otras impugnaciones relativas a actos de similar naturaleza. En otro caso, se vulneraría el principio de contradicción que forma parte del derecho a un proceso debido, consagrado en el artículo 24 de la Constitución .

En el caso de autos, la complejidad de las cuestiones debatidas en el recurso hace totalmente improcedente cualquier anticipación del examen de las mismas a esta fase procesal, el cual ha de quedar reservado a la sentencia que ponga término al proceso. Ello resulta predicable de modo especial de la cuestión relativa a la constitución de una empresa mixta con selección de un socio privado sin publicidad ni concurrencia. Sin embargo, también resultan aplicables estas mismas consideraciones respecto del hecho de que una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Barcelona haya declarado que la entidad codemandada carece de título jurídico para prestar el servicio de abastecimiento de agua. Basta constatar, a los efectos que ahora interesa, que dicha resolución no es firme, al hallarse recurrida en apelación ante esta Sala y, además, que dicho pronunciamiento constituye en realidad un obiter dictum respecto de la cuestión de fondo examinada en la sentencia.

Como consecuencia de todo ello, debe denegarse la adopción de la medida cautelar que solicita la parte actora.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA EL TRIBUNAL ACUERDA:

NO HABER LUGAR a suspender la efectividad del acuerdo del Consejo

Metropolitano del AMB que se impugna en este proceso.»

SEGUNDO.- Contra dicho Auto interpuso recurso de reposición la Sociedad Acciona Agua, S.A. que fue desestimado por Auto de 19 de Julio de 2013 , cuyo Fundamentos de Derecho y parte dispositiva son del tenor literal siguientes:

« **PRIMERO.-** El Tribunal se ratifica por completo en los fundamentos del auto recurrido, tanto los que se refieren al "periculum in mora" y al "fumus boni iuris", como a la ponderación de los intereses en conflicto.

Antes que nada, acerca del alegato mencionado en el antecedente segundo, baste señalar la irrelevancia de ese presunto acuerdo reciente de AMB, porque el abastecimiento en alta no forma parte del acuerdo impugnado, que se contrae a aprobar definitivamente el establecimiento del sistema de gestión del servicio público del ciclo integral del agua mediante sociedad con capital social mixto, bajo la modalidad de convenio con la sociedad existente, integrándose el servicio del ciclo del agua por los actuales servicios de suministro de agua potable o abastecimiento del agua en baja, el servicio de saneamiento en alta y la depuración de aguas residuales y el servicio de regeneración de aguas residuales para otros usos, afirmación ésta que se hace a la vista de



los alegatos de las partes y de la lectura "prima facie" del Reglamento del servicio y del convenio, documentos integrantes del acuerdo impugnado, y sin perjuicio de lo que se decida en su día.

SEGUNDO.- Sobre la existencia de daños o perjuicios de difícil o imposible reparación derivados de la inmediata ejecución del acuerdo impugnado, centrados en el presunto cierre del mercado de los servicios hidráulicos de AMB en los próximos años, debe recordarse lo ya señalado en el auto recurrido sobre la reversibilidad de la situación creada en caso de sentencia estimatoria, así como que la adopción de la medida cautelar solicitada no supondría necesariamente que se hubieran de convocar nuevos concursos en los que podría participar la actora.

Y en relación a esa pretendida rehabilitación del efecto suspensivo que produce la interposición del recurso especial ante el OARC, debe indicarse que la suspensión finaliza cuando este órgano dicta su resolución, aunque sea de inadmisión, de acuerdo con el art. 47 LCSP, con independencia de su validez o corrección.

Por lo demás, también entienden las partes demandadas que es inaplicable ese precepto porque aquí no se da propiamente un procedimiento de contratación, cuestión que -como es lógico- deberá analizar cuando se examine el fondo del asunto. Y también apunta la codemandada que, si lo que la parte recurre es una supuesta adjudicación directa o encubierta de un servicio público, el cauce procedente es la cuestión de nulidad regulada en los arts. 37 - 39 LCSP.

TERCERO.- Por otra parte, acerca de la indebida ponderación que hace el auto recurrido de todos los intereses en conflicto, también procede remitirse a lo razonado en dicho auto. *No puede dejarse de lado el interés público que persigue AMB con el establecimiento del ciclo integral del agua, que, cuando menos, se intenta justificar en el acuerdo impugnado que integra la Memoria.*

Y sobre el aumento de tarifas, vistos los alegatos de todas las partes, no queda acreditado suficientemente este efecto en grado tal que comporte la suspensión cautelar del acuerdo impugnado.

CUARTO.- *Insiste la actora con reiteración en la imposibilidad de implantar un ciclo único ni gestión integrada al margen del establecimiento en alta.*

Al respecto, al margen de lo ya señalado en el precedente fundamento jurídico primero, ésta es una cuestión que deberá igualmente estudiarse cuando se examine el fondo del asunto; si procede o no ese ciclo integral del agua que no comprende el abastecimiento en alta y si es validable jurídicamente el sistema empleado para llevarlo a cabo.

QUINTO.- Por último, entiende la Sala -reiterando lo ya manifestado en el auto recurrido- "que la complejidad de las cuestiones debatidas en el recurso hace totalmente improcedente cualquier anticipación del examen de las mismas a esta fase procesal, el cual ha de quedar reservado a la sentencia que ponga término al proceso". *Ello supone, como es evidente, que no puede determinarse "ictu oculi" la invalidez de los actos recurridos, ni tampoco alcanzarse esta conclusión a partir de pronunciamientos jurisprudenciales sobre supuestos similares. En consecuencia, ha de quedar reservado para la sentencia que en su día se dicte cualquier pronunciamiento al respecto.*

Por todo cuando antecede, procede desestimar en su integridad el recurso de reposición formulado por la actora.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta apartado 9º de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, confirmada la resolución recurrida por la desestimación del recurso de reposición, procede, transferir el importe de 25,00 euros constituido en su día para la admisión del recurso, a la cuenta **9900**

"DEPOSITOS DE RECURSOS DESESTIMADOS".

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

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA:

1º.- DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de la parte actora, **ACCIONA AGUA, S.A.**, contra el **auto de fecha 15 de mayo de 2013** en esta pieza separada de medidas cautelares, el cual se confirma en sus propios términos.

2º.- TRANSFERIR el depósito de 25,00 euros, constituido para la admisión del presente recurso, a la cuenta **9900 "DEPOSITOS DE RECURSOS DESESTIMADOS".»**



TERCERO.- Contra el citado auto anunció recurso de casación la representación procesal de Acciona Agua, S.A., que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 6 de septiembre de 2013, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que «... dicte resolución estimatoria del presente recurso mediante la que se casen los autos recurridos, dejándolos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, se acuerde el otorgamiento de las medidas cautelares»

QUINTO.- Comparecidos los recurridos, se admitió a trámite el recurso por providencia de 30 de enero de 2014, concediéndose por diligencia de ordenación de 17 de febrero de 2014 un plazo de treinta días a las partes recurridas para que formalizaran sus escritos de oposición.

La Procuradora Sra. Sorribes Calle presentó escrito verificando dicho traslado, el 4 de abril de 2014, y en el que solicitaba a la Sala que «...*(i) Se desestime totalmente el presente Recurso de Casación conforme a las razones dispuestas por esta parte en el Fundamento Jurídico Único del presente escrito de oposición; y, en consecuencia, se dicte Sentencia confirmando los Autos de 15 de mayo de 2013 y 19 de Julio de 2013 referidos.*

(ii) Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 LJCA ». La Procuradora Sra. Rodríguez Chacón, por su parte, presentó escrito el 15 de abril de 2014, en el suplicaba a la Sala: «*(i) se declare terminado este recurso de casación por pérdida del objeto de la medida cautelar suspensiva solicitada; y, subsidiariamente (ii) se desestime íntegramente el recurso de casación, con imposición de costas a la recurrente*»

SEXTO.- Por providencia de 26 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del 22 de octubre de 2014, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento, salvo el plazo para dictar sentencia debido al elevado número de asuntos asignados al Ponente y a la complejidad de alguno de ellos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Vicente Conde Martín de Hijas**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Empresa Acciona Aguas, S.A., como ya ha quedado expuesto en los Antecedentes, interpone el presente recurso de casación contra los Autos de 15 de Mayo de 2013 y 19 de Julio de 2013, dictados por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo nº 27/2013, en los que en el primero se denegaba la suspensión solicitada por la recurrente Acciona Aguas, S.A. y en el segundo se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra el anterior.

El recurso de casación se funda en un único fundamento, cuyo enunciado literal, sin perjuicio de la ulterior exposición de su desarrollo argumental, es del tenor literal siguiente:

«**PRIMERO Y ÚNICO.- AL AMPARO DEL ARTÍCULO 88.1.d) DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN , POR LA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 129 Y 130 DE LA MISMA LEY QUE REGULAN EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES , Y 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN EL QUE SE INCLUYE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR**»

Tanto el Área Metropolitana de Barcelona (AMB en adelante), Administración demandada, como las empresas codemandadas Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB, en adelante) y Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S.A. (en adelante AB), se oponen al recurso por las razones que después se indicarán.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso de casación tiene un extenso desarrollo argumental, que la recurrente sistematiza en apartados, con sucesivos subapartados

A).- El apartado 1 lleva el siguiente enunciado:

«*Los autos recurridos aplican los arts. 129 y 130 LJ , al margen de las circunstancias de hecho concurrentes*» .

Las líneas esenciales de la argumentación desarrollada bajo ese enunciado son las siguientes:

a) Que los autos recurridos parten de una concepción de las medidas cautelares como de carácter excepcional, superada por la actual LJCA, siendo exigible, por el contrario, en la nueva regulación de la Ley «*una labor apreciativa muy superior porque de modo muy particular ha de tener en cuenta las circunstancias de hecho presentes en cada caso*» , que la parte imputa al Tribunal haber omitido.



Al respecto se afirma en referencia al Fundamento de Derecho 2º del Auto de 19 de Julio que «*circunscribir o limitar a la pieza principal la valoración de si encargar la prestación del servicio de aguas urbano a una sociedad de capital mixto es un contrato sujeto al TRLCSP resulta, dicho sea con todos los respetos, una concepción tan restrictiva de la tutela cautelar que sólo puede justificarse por el automatismo del criterio de que la suspensión ha de denegarse siempre*»

b) Que los autos recurridos «*descartan tener en cuenta que lo que se somete a su consideración es la constitución de una sociedad de capital mixto gestora de los servicios del agua y a la que se encarga, entre otras cosas, la explotación de la ETAP de Sant Joan Despí y que esta decisión tiene un coste 190M€*» .

c) Que «*el TSJ incurre en una confusión entre los hechos y el debate del fondo, en perjuicio del legítimo derecho a la tutela cautelar*» de la parte.

Al respecto se refiere, con trascripción selectiva de párrafos, a los Fundamentos Quinto y Primero del Auto de 19 de Julio, censurando que el Auto se escuda en la complejidad de las cuestiones y que no entre a analizar si el establecimiento del sistema de gestión del servicio público del ciclo integral del agua mediante sociedad con capital social mixto bajo la modalidad de convenio con la sociedad existente constituye una adjudicación directa mediante un procedimiento negociado sin publicidad del artículo 170.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público .

B).- El apartado 2 lleva el siguiente enunciado:

«*La falta de valoración de los hechos conduce al TSJ a descartar indebidamente que existan daños o perjuicios de imposible o difícil reparación*» .

El apartado, tras una exposición inicial, se desglosa en los tres subapartados siguientes:

«*2.1. Daños de la competencia*».

«*2.2. Pérdida irreparable de una garantía jurídica*»

«*2.3. Aumento de tarifas*»

En la referida exposición inicial se afirma que «*al no haberse atendido a las circunstancias particulares del caso, el TSJ no ha apreciado la concurrencia del requisito del art. 130 LJ relativo a que el otorgamiento de medidas cautelares procederá cuando se acredite que el recurso puede perder su finalidad legítima*» .

Y con referencia a la afirmación del Fundamento de Derecho 2º del auto de julio de que la constitución de la sociedad de economía mixta no es una situación irreversible, se dice que «*los daños que se producen a la competencia y que éstos pueden ser irreversible si se permite que la SGAB continúa ejerciendo derechos exclusivos en el ámbito metropolitano en materia de abastecimiento y disponga de ellos en depuración durante todos los años en que tarde en resolverse el litigio principal*» ; y que «*la competencia entre empresas es un derecho que se ejerce en el momento actual en el ámbito metropolitano (hic et nunc) por las empresas del sector. La posición relativa entre empresas que existe en la actualidad no podrá reproducirse ni será la misma dentro de varios años*» .

La argumentación contenida bajo el subapartado 2.1 "Daños de la competencia" , es, en esencia, la siguiente:

a) que «*El TSJ no entra a valorar en ninguno de los autos aquí recurridos que el Acuerdo del AMB impugnado atribuye, a una sociedad de economía mixta, participada en un 85% por una directísima competidora de mi representada, todos los contratos relacionados con los servicios de agua en la entidad metropolitana*» , a lo que sigue la cita de los distintos servicios, respecto de las que la recurrente descarta que hubiera podido optar al de servicio de abastecimiento para el consumo humano; pero si a otros como el de reutilización, o el de compra de knowhow.

b) que «*la total seguridad de que al menos durante varios años, el AMB nova a ofrecer ni un solo contrato administrativo en este sector es un daño ala competencia de imposible reparación*» . Por eso, quedaba claro que la reversión de los efectos del contrato no solo consiste en disolver la sociedad de economía mixta» .

c) que «*Además, se señalaba que era seguro que si se suspendía la adjudicación, ello determinaría de forma inexorable la convocatoria de un concurso ya que como se explicita en la página 83 de la Memoria el **contratode concesión firmado por la AMB con METROFANG expira en 2016*** . Es decir, en el recurso de reposición se puso de manifiesto que la Memoria para el establecimiento del servicio recogía la existencia de un contrato sobre el tratamiento metropolitano de lodos que necesariamente saldría a concurso público en 2016.»

La argumentación contenida bajo el subapartado 2.2. (" Pérdida irreparable de una garantía jurídica") consiste, en esencia, en la censura de la resolución de inadmisión por el OARCC del recurso especial por extemporaneidad, que la parte considera contraria al art. 44.2.b) TRLCSP respecto al cómputo del plazo para



recurrir, siendo la vulneración de dicho precepto, dice la parte, directamente constatable por el Tribunal Superior de Justicia.

Y frente a la tesis del auto impugnado para rechazar el planteamiento de la parte de que, con arreglo al art. 47 TRLCSP, la suspensión finaliza cuando el OARCC dicta su resolución, siendo indiferente que sea de inadmisión, se dice lo siguiente: *«la finalidad del recurso especial es asegurar una defensa efectiva a la competencia en una etapa temprana en la que aún puedan corregirse las infracciones cometidas, impidiendo que se produzca una situación irreversible de hechos consumados. En el momento en que se dictó la resolución (diciembre de 2012), el contrato ni siquiera se había firmado -de hecho la constitución de la SEM no se llevó a cabo hasta 7 meses más tarde- y a la vista de la trascendencia y gravedad de los vicios invocados, que se desarrollaban en torno a la arbitrariedad de la adjudicación directa por un procedimiento negociado sin publicidad, si el OARCC hubiera actuado con una mínima diligencia nunca habría podido dictar la resolución de inadmisión por extemporaneidad»*

Y que la interpretación del TSJ *«desconoce la letra del art. 130 LJ, que exige acceder a la medida cautelar solicitada cuando el recurso pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso (en el caso del recurso contra la resolución del OARCC obtener una resolución sobre el fondo antes de que se produzca la lesión a la libre competencia por la vulneración de los principios de la legislación de contratos de las Administraciones públicas)»*

La argumentación contenida bajo el apartado 2.3 ("Aumento de tarifas") se limita a afirmar que *«Acciona Agua había denunciado que en el Convenio firmado entre las partes aparecen tres gastos nuevos hasta ahora inexistentes (el nuevo canon concesional de 20M€, la "compra" de las instalaciones de la SGAB no aportadas por 190M € y la retribución que también recibirá la SGAB por la prestación del knowhow del 3% de la facturación), los cuales generarían un aumento de tarifas injustificado»* ; y frente a la argumentación del F.D. 3º del Auto de la falta de acreditación del aumento de las tarifas se dice *«el TSJ no tiene en absoluto en cuenta que el imprescindible estudio de tarifas es uno de los muchísimos documentos económicos que faltaban y que, por su clamorosa ausencia, no puede aceptarse la presunción alegada de contrario de que la gestión por una misma empresa de servicios nuevos genera un ahorro suficiente como para compensar los nuevos gastos previstos.»* .

C).- El apartado 3 tiene el enunciado siguiente:

«La sentencia infringe el art. 130 por no realizar una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto»

La argumentación desarrollada bajo ese enunciado comienza por la transcripción del art. 130.1 inciso inicial, aludiendo a una jurisprudencia *"reiterada hasta la saciedad"* , se dice, de la que, con transcripción selectiva de pasajes, se cita el Auto de 3 de junio de 1997 (dictado en recurso de apelación 1038/1992) y la sentencia de 10 de febrero de 2012 (dictada en el Rec. cas. 2415/2011). Tras esa cita jurisprudencial se argumenta en los siguientes términos:

«Pues bien, ignorando esta jurisprudencia, los autos recurridos en casación no ponderan los intereses en conflicto, contentándose con mantener la presunción general de que lo impugnado representa un interés público».

Los intereses en conflicto eran:

- Por un lado de la Administración, que empezara a producir efectos un contrato que adjudicaba a una misma empresa todos los servicios relacionados con el agua para la implantación del "Servicio de ciclo integral".

- Por el lado de Acciona Agua la preservación de los principios de libre competencia de la legislación de contratos, ya referidos; evitar la incorporación de la ETAP de Sant Joan Despí al grupo de instalaciones gestionadas por la SEM y una subida injustificada de las tarifas del agua.

Pues bien, la ponderación que se realiza en ambos autos no es circunstanciada, porque hace prevalecer de manera insuficientemente justificada el interés local. En el primer auto se indica que la prestación del servicio integral del agua satisface mejor el interés público "al margen de que dicho interés va insito en principio en los actos de una Administración pública" (FD 3º).

En el segundo auto, el TSJ responde a la argumentación de mi representada, señalando de forma muy escueta que: " No puede dejarse de lado el interés público que persigue AMB con el establecimiento del ciclo integral del agua, que, cuando menos, se intenta justificar en el acuerdo impugnado que integra la Memoria" .»

D).- El enunciado del apartado 4 es el siguiente: *«Las gravísimas irregularidades del acto impugnado son ignoradas por la sentencia, que se ampara en una visión profundamente limitativa del fumus boni iuris sin respaldo en la ley ni en la jurisprudencia»* .



Se dice en esa parte de la argumentación que *«En el auto de julio, y ante la previa invocación por esta parte de la jurisprudencia mayoritaria según la cual concurre el fumus boni iuris en los supuestos en que la causa de nulidad de pleno derecho es manifiesta, resulta evidente por sí misma y es "ostensible y manifiesta en razón al contexto" (Sentencia de 12 de abril 2013 JUR 2013\129930) el TSJ, y como ya se ha dicho, señala que las cuestiones debatidas son muy complejas, y por tanto su análisis debe quedar reservado para la pieza principal»*, y a ello opone por la parte lo siguiente:

«... como ya se ha dicho, el TSJ convierte en cuestiones complejas hechos que se desprenden del propio expediente y que han sido admitidos por la Administración demandada. Esta observación se refiere, en particular, a si un convenio cuyo principal objeto es la prestación del servicio de abastecimiento de aguas es un contrato sujeto al TRLCSP. Desde la consideración de que es un tema de fondo, elude pronunciarse sobre la gravísima irregularidad de adjudicar un contrato sin tramitar un expediente de contratación y al margen de cualquier valoración económica. El relato pormenorizado de los antecedentes excusa reiterar en este lugar todas la irregularidades cometidas después, constitutivas todas ellas de ostensibles causas de nulidad de pleno derecho».

E).- Finalmente, el apartado 5 del desarrollo del motivo se enuncia en los siguientes términos:

«La constitución de la SEM no puede impedir la satisfacción del derecho fundamental a la tutela cautelar»

Bajo ese apartado se argumenta que *«No puede esgrimirse de contrario que, como la SEM ya se ha constituido... las medidas cautelares han perdido su objeto. La fuerza de lo fáctico no puede estar por encima del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el contrato firmado entre las partes apenas ha empezado a desplegar efectos»*; y que *«Por otra parte, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que la SEM se constituyó el 30 de julio, pese a que el AMB tenía pleno conocimiento de que Aqualia había presentado el recurso especial en materia de contratación previsto por los arts. 44 ss TRLCSP y solicitado la suspensión»*.

TERCERO.- Área Metropolitana de Barcelona, sistematizó su oposición en estricto paralelismo y extensión como la del desarrollo del motivo contrario, articulándola en cinco apartados, cuyos enunciados y respectivos desarrollos son, en lo esencial los que siguen:

A).- *«1. Los Autos recurridos se basan en las circunstancias de hecho concurrentes».*

Se afirma que se valoran elementos que deben ser valorados en una pieza separada de medidas cautelares, y que es cuestión diferente *«que la aplicación de dichos elementos consustanciales a toda pieza separada de medidas cautelares no permiten entrar en el fondo del asunto»*, sosteniendo que *«de contrario parece confundirse "la valoración de las circunstancias concurrentes" con la "valoración del fondo del asunto"»*.

B).- *«2. Los Autos recurridos justifican adecuadamente que la ejecución del Acuerdo de 6 de noviembre de 2012 no supone riesgo alguno de pérdida de la finalidad legítima el recurso principal»*.

La argumentación desarrollada bajo ese enunciado comienza con una referencia, y transcripción de contenido del Fundamento de Derecho Segundo de cada uno de los Autos.

Con referencia a los alegados daños a la competencia se dice:

«... en caso de estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario, ACCIONA no gestionaría ninguno de los servicios que integran el servicio del ciclo integral del agua. Es más, en caso de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendiera finalmente que debía haberse convocado un concurso para la selección del socio privado de la sociedad de economía mixta que actualmente lo gestiona y que ello resultaba posible, no necesariamente ello implicaría que, en ejecución de dicha eventual sentencia, el AMB debiera convocar un concurso o varios concursos toda vez que: (i) podría optarse por una gestión separada e independiente de cada uno de los servicios que integran actualmente el servicio del ciclo integral del agua en los mismos términos y con los mismos agentes que antes de la formalización del Convenio; o (ii) podría tratar de gestionarse directamente el servicio del ciclo integral del agua por parte del AMB.

Pero es que además, como se ha indicado, incluso si el AMB decidiera convocar un concurso para la selección del socio privado que debe convocar el servicio del ciclo integral del agua o diversos concursos distintos para la gestión separada de los diversos servicios que integran el servicio del ciclo integral del agua, ninguna garantía tendría ACCIONA de resultar adjudicataria de dicho concurso o concursos».

Respecto a la alegada pérdida de la garantía jurídica de la suspensión del contrato se argumenta sosteniendo la corrección jurídica de la inadmisión del recurso especial por el OARCC, y en todo caso sobre el obligado levantamiento de la suspensión terminado el recurso especial.

A lo que se añade la afirmación de que *«Lo que no procede en ningún caso...es que la interposición extemporánea de un recurso especial en materia de contratación deba ser "corregida" en beneficio del recurrente*

extemporáneo, per se, en sede judicial, acordando una suspensión al amparo de una pretendida "defensa efectiva de la competencia", máxime si, como en el presente caso, la no adopción de la suspensión solicitada no hace perder la finalidad legítima del recurso contencioso- administrativo interpuesto» .

Respecto al alegado incremento de tarifa, se refiere a lo argumentado sobre el particular en el Auto de 15 de mayo de 2013 , afirmando que *«esta parte no acierta a adivinar qué concretos perjuicios irreparables se causarían a ACCIONA en el negado supuesto en que la implantación del servicio del ciclo integral del agua comportara un incremento de las tarifas que deben abonarse a los usuarios. Perjuicios que, además, serían en todo caso económicos, siendo constante la jurisprudencia en cuya virtud los perjuicios económicos son reparables»* , citando en apoyo de su tesis, con transcripción selectiva de contenidos, Auto de este Tribunal de 26 de enero de 2011 , una Sentencia de 13 de Julio de 2005 y una Sentencia de 21 de Abril de 2005 .

C).- «3. Los Autos recurridos ponderan y justifican adecuadamente los intereses en conflicto» .

Se comienza con una referencia a los Fundamentos de Derecho Tercero de cada uno de los Autos recurridos, tras lo que se afirma que *«De hecho, seguir prestando los servicios que integran el servicio del ciclo integral del agua de forma separada resultaría claramente perjudicial para el interés general dada cuenta de los múltiples beneficios que comporta la implantación del servicio del ciclo integral del agua en los términos en los que se ha configurado ».*

Se pasa después a hacer una amplia referencia y transcripción parcial de lo que decía esta parte en la oposición a la solicitud de las medida cautelares, con ampliar referencias a apartados de la Memoria obrante en el Expediente Administrativo, sobre las ventajas del ciclo integral del agua, tras cuyo relato se dice que:

«Sea como fuere, en todo caso el Tribunal Superior de Justicia, en una ponderación de los intereses en conflicto ha considerado, como preponderantes

-como no podría ser de otra manera-, los intereses públicos que representa el AMB relativos a la necesaria implantación del servicio del ciclo integral del agua, frente a los intereses privados encarnados por la SGAB. Intereses que, dicho sea de paso, no son en ningún caso los de los usuarios del servicio, como parece insinuarse de contrario al invocar el presunto incremento tarifario que comportaría la implantación del servicio del ciclo integral del agua» .

Y que *«la recurrente no puede pretender hacer confundir dichos intereses privados con los del interés general y, menos aún, pretender que dichos legítimos intereses prevalezcan sobre el interés público defendido y en encarnado por el AMB. Siendo ello así ninguna duda hay, en nuestra opinión, de que los Autos recurridos son absolutamente conformes a Derecho»* , citando en apoyo de dicho planteamiento con transcripción selectiva de sentencia de este Tribunal de 22 de julio de 2009 .

D).- «Los Autos recurridos justifican adecuadamente la inaplicación de la doctrina del fumus boni iuris en el supuesto analizado»

Se comienza con una referencia y transcripción de contenidos de los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de los Autos recurridos, y se afirma que *«ACCIONA, lejos de cuestionar las argumentaciones contenidas en los Autos recurridos - más allá de determinados alegatos genéricos con respecto a una presunta aplicación restrictiva de la jurisprudencia- se limita, en esencia, a reiterar lo ya indicado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la pieza separada de medidas cautelares [...] sin desvirtuar ni aportar jurisprudencia que pueda entender disconformes a Derechos los Autos recurridos»*

A ello sigue un largo discurso sobre la conformidad a Derecho del acto de esta parte, recurrido en el proceso.

E).- Finalmente el apartado 5 de la oposición de esta parte se enuncia así: «5. Con la constitución de la sociedad de economía mixta y la ejecución del Convenio las medidas cautelares solicitadas han perdido virtualidad» .

Se dice sobre el particular:

- Que *«siendo que las medidas cautelares solicitadas tenían por objeto evitar la constitución de la sociedad de economía mixta (ejecución del Convenio), al haberse constituido ya la referida sociedad de economía mixta, las mismas pierden todo el sentido» .*

- Que *«si se adoptara la medida cautelar solicitada se produciría un efecto claramente nocivo para el interés público cual sería tener que proceder una suspensión de un servicio que actualmente está ya operando, para después tener que volver a implantarlo, en idénticos términos y condiciones, si, como es de esperar, se produce un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña favorable a lo defendido por mi representada» .*



- Y que «la suspensión no fue acordada hasta el 12 de agosto de 2013 y no antes (así se desprende del Antecedente de Hecho Octavo de la Resolución del OARCC 129/2013, de 5 de septiembre de 2013, acompañada por parte de ACCIONA como Documento Número 2 de su Escrito de Interposición del presente Recurso de Casación), de modo que es absolutamente falso que la sociedad de economía mixta se constituyera bajo un escenario de suspensión. En este sentido, cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, la suspensión únicamente opera de modo automático cuando el acto recurrido es el de adjudicación» .

CUARTO.- La fundamentación jurídica de la oposición al recurso de casación de las codemandadas S.G.A.B. y A.B., de gran extensión, como las de las demás partes, se sistematiza en dos grandes apartados, a su vez desglosados en subapartados.

A).- El primero de ellos, lleva el siguiente enunciado:

«PRIMERA.- PÉRDIDA DEL OBJETO DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA AL HABERSE CONSUMADO LOS EFECTOS DEL ACUERDO DEL AMB DE 6 DE NOVIEMBRE CUYA SUSPENSIÓN PRETENDÍA ACCIONA AGUA»

Su desarrollo se compone de tres subapartados cuyos respectivos enunciados y contenido pueden resumirse en los términos que siguen:

«1. Pérdida del objeto de la medida cautelar solicitada por Acciona Agua»

Bajo esa rúbrica se argumenta en esencia:

a) que de los varios contenidos del Acuerdo impugnado en realidad la pretensión se circunscribía a evitar la constitución de la sociedad económica mixta, siendo sólo a ese extremo al que se refería el supuesto *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en conflicto.

b) que constituida la sociedad de economía mixta e inscrita en el Registro Mercantil, se trata de un hecho consumado, lo que conlleva la pérdida de objeto de la medida cautelar, citando en abono de tal pérdida las sentencias de esta Sala de 6 de abril de 2006 y 7 de junio de 2001 y los autos de 1 de marzo de 1994 y 18 de septiembre de 1995 .

«2. Improcedencia del cambio de pretensión cautelar de Acciona Agua para intentar justificar la vigencia de la medida cautelar»

Bajo tal rúbrica, en esencia, se alega que con la solicitud de medida cautelar se pretendía evitar la constitución de la sociedad mixta que ahora, una vez constituida ésta, lo que se pretende es la reversión de los efectos continuados del Acuerdo del A.M.B de 6 de octubre; esto es, la constitución de la A.B.

«3. Improcedencia de tratar de justificar la vigencia del objeto de la medida cautelar solicitada por Acciona Agua por actuaciones de tercero» .

Bajo esa rúbrica se sale al paso de la referencia de la recurrente al recurso especial interpuesto por Aqualia contra el Acuerdo de A.M.B. de 21 de mayo, que el OARCC no suspendió y cuyo recurso fue inadmitido.

B).- El segundo de los apartados de oposición referidos lleva el siguiente enunciado:

«SEGUNDA.- PROCEDE LA DESESTIMACIÓN DEL ÚNICO MOTIVO DE CASACIÓN POR NO HABER INCURRIDO LOS AUTOS RECURRIDOS EN NINGUNA INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 129 Y 130 DE LA LJCA .»

El apartado se desgrena en su extenso desarrollo en 4 subapartados, con ulteriores subdivisiones de varios de ellos, cuyos respectivos enunciados y contenidos pueden resumirse en los términos que siguen:

«1. Improcedencia de las alegaciones de Acciona Agua sobre la supuesta falta de valoración de las "circunstancias de hecho" por parte de la Sala de instancia» .

Bajo ese enunciado se dice, en lo esencial:

a) que «No es verdad que las cuestiones que la recurrente alega no hayan sido valoradas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Estas circunstancias sí han sido valoradas. Lo que sucede es que, una vez valoradas, y tal y como se expone en los Autos recurridos, se ha considerado (i) que su análisis y resolución correspondía al fondo del asunto por su ausencia de relevancia a los efectos del incidente cautelar, (ii) que eran improcedentes, o (iii) que no habían sido acreditadas por Acciona Agua».

b) que los «aspectos que, en el sentir de la recurrente, no han sido valorados por la Sala de instancia, no servirían en modo alguno para acreditar la pérdida de la finalidad legítima del recurso. A lo sumo, estas consideraciones servirían, de ser acertadas (extremo que esta parte niega con rotundidad), para acreditar una supuesta apariencia de buen derecho. Pero nada aportan para acreditar el *periculum in mora*» .

c) Que «no puede admitirse que la recurrente critique los Autos recurridos porque no entraron a determinar, en una pieza de medidas cautelares, las complejas cuestiones fácticas, jurídicas y económicas que constituyen el fondo del asunto de la pieza principal. Y mucho menos es admisible si se tiene en cuenta que estas cuestiones nada tienen que ver con la finalidad legítima del recurso de Acciona Agua» .

«2. Los Autos recurridos no han incurrido en ninguna infracción del artículo 130 de la LJCA en relación con la supuesta pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de no adoptarse la medida cautelar»

Bajo esa rúbrica inicial se articula en cinco subapartados, cuyos respectivos enunciados y contenidos se pueden resumir en los términos siguientes:

«2.1 Los argumentos de Acciona Agua para acreditar la supuesta pérdida de la finalidad legítima del recurso son inconsistentes e irrelevantes en el presente recurso de casación».

La argumentación comienza aludiendo al apartado segundo del motivo de casación, tachándolo de inconsistente para acreditar el *periculum in mora* . Se detalla de inmediato el cambio de la argumentación de contrario en los distintos momentos del proceso.

Se dice al respecto:

a) que en el escrito inicial aquella se centraba principalmente en el *fumus boni iuris* , al que dedicaba 31 páginas y solo 1 al *periculum in mora* , y 2 a la ponderación de los intereses en conflicto.

b) que en el recurso de reposición se introducen alegaciones nuevas, que no habían sido expuestas en la solicitud inicial, y que no podían introducirse en ese recurso, a las que respondió el Auto de 19 de julio, reproduciendo en casación las alegaciones del recurso de reposición desestimado. El apartado culmina con la siguiente argumentación

«Las alegaciones relativas al *periculum in mora* contenidas en el recurso de casación no tienen ningún tipo de importancia a los efectos de lo que aquí se enjuicia. Estas alegaciones no figuraban en la solicitud de medidas cautelares que se presentó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por lo que es obvio que el Auto de 15 de mayo no puedo valorarlas. Por su parte, el objeto del Auto de 19 de julio era analizar la corrección del Auto de 15 de mayo atendiendo a la solicitud de la medida cautelar de Acciona Agua y a los argumentos de las recurridas, por lo que estas nuevas alegaciones no eran relevantes a sus efectos. Por esta razón estas alegaciones deben ser rechazadas en el presente recurso de casación cuyo objeto es valorar la corrección de los Autos recurridos».

«2.2 Inexistencia del *periculum in mora* como consecuencia del alegado "cierre del mercado" de los servicios hidráulicos alegado por Acciona Agua».

Se afirma que el alegado "cierre de mercado" se concreta por la recurrente solo respecto de los servicios metropolitanos que eran gestionados directamente por el A.M.B.; esto es, los de saneamiento en alta, depuración y regeneración, que constituyen «una parte cuantitativamente reducida del Servicio del Ciclo de Agua gestionado por AB (como se comprueba en las participaciones de la sociedad de economía mixta: 85% de SGAB, y 15% del AMB)» .

Acciona excluye de la referencia al cierre del mercado «el servicio de abastecimiento porque entiende que este servicio, si no se hubiera adoptado el Acuerdo del AMB de 6 de noviembre, no habría sido licitado porque ya había un legítimo gestor privado: SGAB».

Respecto de los servicios afectados por el referido "cierre de mercado", «El mercado estaba "cerrado" antes de la constitución del AB y de manera legítima, por cuanto el AMB había decidido su gestión directa, y a buen recaudo habríase seguido igualmente "cerrado" si no se hubiera adoptado el Acuerdo del AMB de 6 de noviembre».

«Por consiguiente, no se puede hablar de "cierre de mercado" respecto de ninguna parte del objeto de AB . **El servicio de abastecimiento de agua no habríasalido a licitación pública puesto que correspondía a SGAB, y los servicios de depuración y regeneración habían sido gestionados directamente por el AMB, sin previsiones de que fueran a gestionarse de forma indirecta** (salvo para lograr la finalidad de interés general de la gestión integrada por todos los servicios metropolitanos hidráulicos)»

En cuanto al suministro del Know how se dice que «lo que se denomina en términos amplio el know how es la prestación accesoria del socio privado en la sociedad de economía mixta, que incluye tanto la aportación continuada del Know How como trabajo de gestión, gerencia, dirección de la compañía. En definitiva, se trata de la prestación accesoria del socio privado consistente en gestionar el servicio público».

«2.3. Inexistencia de supuestos daños irreversibles a la competencia en relación con el recurso especial en materia de contratación» .

Bajo tal rúbrica se comienza la argumentación sosteniendo la improcedencia del recurso especial, con arreglo al artículo 40.1 y 2 de TRLCSP, y en todo caso se afirma que *«teniendo en cuenta que la Resolución del OARCC resuelve expresamente el recurso especial en materia de contratación de Acciona Agua, la pretensión de la recurrente consistente en que se rehabilita la suspensión automática del recurso especial en materia de contratación no es admisible»* .

«2.4. Inexistencia de un aumento de las tarifas que justifique el periculum in mora».

Bajo tal enunciado se afirma:

a) que *«esta parte no entiende cuál es la relación entre el hipotético aumento de las tarifas y el periculum in mora»* ; y que *«Ni los aumentos de tarifas serían ilegales con carácter general, ni el hipotético aumento de las tarifas del Servicio del Ciclo del Agua afectan a Acciona Agua (que no es usuaria de dicho servicio)»* .

b) que como el Auto recurrido considera no justificado el alegado aumento de tarifa, se cambia la argumentación y ahora el recurrente alega *«que no hay información en el expediente para poder haber acreditado el aumento»* , a cuya alegación opone la referencia al apartado 5.3 de la Memoria y el Reglamento de Servicio que *«dedica un capítulo exclusivo (artículos 112 a 127) a regular las tarifas y surégimen jurídico al que ahora nos remitimos por completo»* .

«2.clusión: los Autos recurridos no han incurrido en ninguna infracción en relación con la supuesta pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de no adoptarse la medida cautelar» .

«3. Los Autos recurridos no han incurrido en ninguna infracción del artículo 130 de la LJCA en relación con la valoración de los intereses concurrentes en el otorgamiento de la medida cautelar»

El apartado se sistematiza en cinco subapartados, cuyos respectivas rúbricas y contenidos pueden resumirse en los términos que siguen:

«3.1 Planteamiento» .

Previa referencia al planteamiento de contrario respecto a la valoración de los intereses en conflicto y a su crítica de que *«la ponderación que realizan los Autos recurridos es inadecuada "porque hace prevalecer de manera insuficientemente justificada el interés local»* , se alega que *«en el caso de autos la ponderación de intereses era favorable a la ejecución del acuerdo del AMB de 6 de noviembre»* ; que *«los Autos recurridos han sido muy claros al respecto sin que la recurrente haya aportado nuevos argumentos que afecten en lo más mínimo a ese planteamiento»* y que *«Había un interés público incuestionable en la ejecución del Acuerdo del AMB de 6 de noviembre que se acreditó pormenorizadamente en el expediente administrativo. Y, frente a ese interés público, no existe ni se ha acreditado ningún interés que se vea perjudicado por la ejecución de ese acto»* .

«3.2 El interés público perseguido por el AMB mediante el Acuerdo del AMB de 6 de noviembre ha sido acreditado pormenorizadamente en el expediente administrativo» .

Bajo esa rúbrica se hace referencia a la detallada exposición de la Memoria respecto a las ventajas de la gestión unitaria, integrada y coordinada de los servicios que son titularidad del AMB mediante el Servicio Integral del Agua, y al informe complementario del Profesor Mujeriego que lo acompaña.

«3.3. La inadecuación de las alegaciones de Acciona Agua para desvirtuar el interés público perseguido por el AMB»

El contenido esencial de lo argüido bajo ese enunciado sale al paso de la alegación de Acciona Agua de que *«la gestión integrada de los servicios metropolitanos de abastecimiento de agua en baja, de depuración de aguas residuales y de regeneración de aguas depuradas no se corresponde con el concepto técnico de "ciclo integrado" porque no incluye el abastecimiento en alta (página 39)»* , a lo que se replica que *«la circunstancia de que el Servicio del Ciclo del Agua no incluya el abastecimiento en alta no afecta al interés público que se consigue con la gestión integrada de los servicios hidráulicos. Que, en abstracto, pudiera alcanzarse una gestión mayor de los recursos hídricos con el abastecimiento en alta no significa que en un nivel inferior y con un alcance menor no pueda establecerse igualmente la gestión integrada de los recursos hídricos disponibles»* ; y que *«la decisión del AMB de integrar los servicios hidráulicos de los que es titular es la óptima para el interés público en el ámbito de sus competencias y ello no se ve alterado por el hecho de que el Servicio del Ciclo del Agua no incluya el abastecimiento en alta»* , con meras referencias al contenido del Expediente e Informe antes citado.

«3.4. El supuesto interés de Acciona Agua carece de fundamento y no puede prevalecer sobre el interés público perseguido por el AMB» .

Se inicia la argumentación diciendo que *«Frente al expuesto interés público Acciona Agua pretende que este sea ignorado a favor de su interés particular por lo que la recurrente denomina (ilegítimamente) la preservación de*

los "principios de la libre competencia" . Y en lo esencial se opone a ello que «A los efectos de la ponderación de los intereses concurrentes, conviene destacar que la adopción de la medida cautelar solicitada ningún efecto tiene respecto de la "libre competencia"»; y que «en ningún caso puede entenderse que la adopción de la medida cautelar solicitada habría conllevado una obligación para el AMB de celebrar una licitación pública en la que pudiera participar Acciona Agua» , reproduciendo el contenido pertinente al respecto del Auto de 19 de Julio.

«3.clusión: Los Autos recurridos no han incurrido en ninguna infracción en relación con la valoración de los intereses concurrentes en el otorgamiento de la medida cautelar»

«4. Los Autos recurridos no han incurrido en ninguna infracción del artículo 130 de la LJCA en relación con la apariencia de buen derecho alegada por la recurrente» .

El contenido de la argumentación encuadrada bajo esa rúbrica se despliega en tres subapartados.

En el 4.1 se dice que «Acciona Agua alega que los Autos recurridos han ignorado las "gravísimas irregularidades" del Acuerdo del AMB de 6 de noviembre lo que supone una vulneración del *fumus boni iuris* (página 39 del recurso de casación). La recurrente no señala en este apartado cuáles son esas "gravísimas irregularidades" y se remite al relato de los hechos que se efectúa en el recurso de casación»; y que «no hubo ninguna actuación administrativa que se manifiesta como palmariamente ilegal. De hecho, todos los supuestos vicios de ilegalidad que alega la recurrente se basan en meras conjeturas que carecen de cualquier fundamento y que, encima, no se corresponden con la realidad» .

Bajo el número 4.2. se viene a argumentar en lo esencial que «la estrategia utilizada por la recurrente es la misma que siguió ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el incidente cautelar en primera instancia, ante la falta de un discurso coherente y sólido sobre perjuicios irreparables, pérdida de interés legítimo del presente recurso y ponderación de los intereses concurrentes, Acciona Agua trató de plantear un proyecto de demanda adelantando sus consideraciones sobre el fondo del asunto. Con ello pretendía que la Sala a quo entrara a prejuzgar el fondo del asunto en un intento de que sus alegaciones fueran valoradas positivamente y con ello lograr la medida cautelar solicitada»; y que «Este planteamiento es el mismo que utiliza ahora en el recurso de casación» , reproduciendo en lo pertinente la respuesta dada sobre el particular en el Auto de 15 de mayo, que fué confirmada en el de 19 de julio.

En el número 4.3 sale al paso de la cita por la contraria de la Sentencia de este Tribunal de 12 de abril de 2013 [Rec. cas. 5972/2013] en apoyo de su planteamiento sobre *fumus boni iuris* , afirmando que «esta Sentencia sostiene todo lo contrario a lo que alega Acciona Agua», reproduciendo al efecto un fragmento [que corresponde a su Fundamento de Derecho Sexto].

Y se finaliza afirmando que «todas las cuestiones que supuestamente podrían fundamentar la apariencia de buen derecho del recurso de Acciona Agua, y que son las mismas que se plantearon ante a la Sala a quo, son improcedentes. Además, en cualquier caso, se trata de cuestiones que no podía entrar a resolver la sala de instancia en sede de medidas cautelares porque correspondía al fondo del asunto. Por ello, tratar de justificar la procedencia de la concesión de la medida cautelar bajo estas consideraciones carece de todo fundamento» .

QUINTO.- Expuestas las tesis enfrentadas en el recurso, la lógica procesal exige que la primera cuestión a decidir sea la de la alegación de pérdida del objeto del recurso, que las codemandadas SGAB y AB exponen como la primera de las alegaciones jurídicas de oposición al recurso, y que las otras dos partes suscitan en último lugar: la recurrente Acciona Agua, anticipándose a la posible oposición de contrario, para negarla (en el apartado 5 del motivo), y AMB para postularla (en el apartado 5 de su oposición al motivo).

Al respecto ha de advertirse que esta Sala ha dictado Sentencia el 14 de Julio de 2014 en el recurso de casación nº 3010/2013 , en el que, sobre bases sustancialmente coincidentes con las del planteamiento actual, se alegó, como ahora, la pérdida de objeto del recurso, la cual fué enjuiciada y rechazada en su Fundamento de Derecho Sexto. Razones de coherencia jurisprudencial, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley marcan la pauta a seguir en el caso actual, bastando así la referencia a los argumentos de dicho Fundamento de Derecho, dándolos aquí por reproducidos, para desestimar la alegación que analizamos.

En cuanto a la cita de SGAB y AB de las Sentencias de esta Sala de 6 de Abril y 7 de Junio de 2001 y Autos de 6 de marzo de 1994 y 18 de septiembre de 1995 , debe afirmarse que los casos a que dichas resoluciones se refieren son absolutamente diferentes al actual. En tales casos concurrían hechos que en dichos casos determinaban un efecto irreversible sobre la situación que se pretendía mantener con la medida cautelar, tal efecto irreversible no se da en el caso actual, como explica nuestra Sentencia de 14 de Julio de 2014 .

Rechazada la drástica alegación de pérdida de objeto seguiremos con el análisis de las demás por orden de su exposición en los Fundamentos precedentes.



SEXTO.- Por lo que hace al planteamiento de la recurrente en el apartado 1 del motivo, sintetizado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia, apartado A), al que se oponen las recurridas, respectivamente, en el apartado 1 de la oposición al motivo por parte de AMB y en la Alegación Segunda de las otras dos recurridas (cuyos planteamientos han quedado sintetizados, respectivamente, en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado A 1 y Cuarto apartado B 1), se impone su rechazo.

En primer lugar, si, como alega la recurrente, los Autos recurridos han actuado al margen de las circunstancias de hecho recurrentes, el planteamiento procesalmente correcto de tal reproche no sería el del motivo legal del art. 88.1.d) LJCA, sino el de la letra c) de dicho artículo por incongruencia omisiva o incongruencia por error o por falta de motivación de la sentencia.

Pero es que en todo caso el planteamiento de la recurrente resulta rechazable en su fondo.

Respecto de la alegación sintetizada en el Fundamento de Derecho Segundo A).a), entendemos que tal argumentación atribuye un significado desorbitado a una frase meramente incidental de un pasaje del Fundamento del Derecho Segundo del Auto de 15 de mayo de 2013, al tomarlo como base para atribuir al Tribunal una concepción de las medidas cautelares que le imputa.

La lectura de los Autos recurridos no permite aceptar la tesis de la recurrente, que no se corresponde, en puridad, con el sentido de los Autos recurridos. En ellos no se hace de partida la proclamación que el motivo les imputa, sino que, pese a la frase incidental que se ha referido, hacen el análisis que corresponde al actual sentido institucional de las medidas cautelares, que en ningún caso amparan las pretensiones maximalistas de juicios de fondo anticipados.

La limitación de la cognitio propia del incidente de medidas cautelares es imperativo del art. 130.1 LJCA, según el cual *«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»*.

Los Autos recurridos se ajustan en la extensión de sus análisis al sentido legal actual de las medidas cautelares.

El discurso de la parte, alusivo a la normalidad actual de las medidas cautelares y al abandono del carácter excepcional de las mismas en la jurisprudencia actual, es el soporte conceptual de la tesis de que la regulación de la Ley actual exige del Tribunal *«una labor apreciativa muy superior porque de modo muy particular ha de tener en cuenta las circunstancias del hecho presentes en cada caso»*.

Tal tesis no deja de ser un puro *desideratum* de la parte, carente de base legal precisa. La labor apreciativa del Tribunal debe referirse a los elementos a que se refieren el art. 130 LJCA, sin que sea aplicable en tal labor el criterio de medida de comparación con el pasado, que la parte postula.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la alusión a *«las circunstancias de hecho presentes en cada caso»* no puede llevar, como implícitamente se da por sentado, a considerar, como tales *«circunstancias de hecho»*, las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso. Y ello para pretender, como la parte pretende, que en la medida cautelar el análisis y decisión de dichas cuestiones jurídicas en ese momento procesal deba ser superior al que era propio de la regulación de la Ley precedente.

No cabe así considerar que el hecho de que los Autos eludan decidir en el incidente de medidas cautelares las cuestiones jurídicas suscitadas por la parte, por entender que eso corresponde a la decisión de fondo del proceso, pueda ser calificado de decisión adoptada al margen de las circunstancias de hecho concurrentes, ni de confusión entre los hechos y el debate de fondo, confusión que, por el contrario, si es imputable al propio planteamiento de la parte.

SÉPTIMO.- La argumentación del motivo expuesta en su apartado 2, sintetizada en el Fundamento de Derecho Segundo, apartado B), a la que se oponen las sintetizadas en los Fundamentos Tercero A y Cuarto B, tampoco resulta aceptable.

La argumentación comienza por la referencia a la falta de análisis de los hechos, con la que se encabezaba la exposición del motivo, argumentación a la que hemos dado respuesta en el Fundamento anterior. El rechazo precedente de tal argumentación desvirtúa ya de partida la argumentación de inicio del apartado que ahora nos ocupa.

En cuanto a la referencia del posible carácter irreversible de los daños causados a la competencia, contenida en ese inicio del apartado 2 del motivo que ahora nos ocupa, debe advertirse que no se alude a un concreto proceso de concurrencia competitiva en curso, sino que se trata de una alusión a la competencia en abstracto en relación con posibles alternativas a la que materializa el Acuerdo impugnado.

En tales circunstancias la alusión a la competencia resulta de arranque artificiosa e inconvincente.



Hemos de descender, no obstante al examen de los planteamientos alusivos a la competencia, que han quedado expuestos en el Fundamento de Derecho Segundo B como síntesis del subapartado 2.1 del motivo, y que en dicho pasaje del Fundamento se exponían en en sendos apartados a), b) y c).

Respecto a la argumentación reflejada en el citado apartado a), para que pudiera prosperar, sería preciso partir de la necesidad de que los servicios a que dicha argumentación alude debieran ser gestionados en todo caso en régimen de gestión indirecta y previos procedimientos de concurrencia competitiva; pero esa base lógica de partida ni tan siquiera se propuso en la argumentación, la cual simplemente alude a una posibilidad hipotética, que sin la referida base lógica de partida no tenía porqué darse. En tales condiciones hablar de daño irreversible a la competencia, cuando ésta no tiene porqué ponerse en juego (o al menos no se han alegado ni demostrado cuales pudieran ser esas normas que exigiesen tal puesta en juego), carece totalmente de consistencia jurídica.

Y la misma valoración merece la argumentación recogida en el referido apartado b), pues resulta intrascendente que durante el tiempo del proceso AMB no ofrezca *"ni un solo contrato administrativo en este sector"*, cuando jurídicamente no se demuestra la necesidad de que debieran ofrecerse.

A mayor abundamiento, el planteamiento de la parte incurre en error, al situar la referencia al daño a la competencia en el momento presente, en el de duración del proceso, cuando la pérdida de la finalidad legítima del recurso no debe atender a ese momento, sino al momento final del proceso.

Evidentemente todo acto administrativo produce un efecto inmediato sobre la situación o situaciones jurídicas sobre las que se proyecta; pero no es esa afectación de presente y actual lo que la ley considera, sino la que, en su caso, pueda producirse una vez conducido el proceso, en el sentido de que en ese momento sea irreversible la afectación producida antes.

Por ello, el eventual daño inmediato a la competencia no es el daño a atender, sino que lo que debe contar es si, finalizado el proceso, puede quedar restablecida o no la posibilidad de la competencia, y, en su caso, la compensación por el daño causado a la misma en el tiempo que duró el proceso.

En definitiva, la sucinta argumentación del párrafo primero del Fundamento Segundo del Auto de 19 de julio no resulta desvirtuada por la argumentación impugnatoria que nos ocupa.

Por las mismas razones, merece rechazo la argumentación recogida en el citado apartado c), aunque en ella se descienda de un plano absolutamente hipotético a uno de aparente mayor concreción, al referirse el *"contrato de concesión firmado por AMB METROFANZ que expira en 2016"*. Pero en todo caso falta la base jurídica para dar por sentado que, al expirar dicha concesión, AMB debiera proceder a una nueva. Ello sentado, el planteamiento de la parte no deja de moverse en el plano de la pura posibilidad hipotética.

La argumentación expresada bajo el apartado 2.2 del motivo, sintetizado en el Fundamento Segundo B, nada tiene que ver con una eventual pérdida de la finalidad legítima del recurso.

El planteamiento de la parte, hasta donde pueda ser entendido, se sustenta en una confusión inaceptable entre la finalidad del proceso administrativo especial seguido ante el OARCC y la finalidad del recurso contencioso-administrativo.

En la media en que en el actual proceso son dos las resoluciones recurridas: una, la resolución de inadmisión del recurso especial ante el OARC; y otra, el Acuerdo del Consejo Metropolitano del Área Metropolitana de Barcelona de 6 de noviembre de 2012, desde un plano teórico pudiera quizás considerarse la alegada pérdida de la finalidad legítima del recurso respecto de cada uno de los dos autos recurridos.

Centrándonos en la impugnación del primero de los citados actos, el hecho, planteado a los meros efectos dialécticos, de que la resolución de inadmisión por extemporaneidad del recurso administrativo especial pudiera haber frustrado la finalidad de ese recurso administrativo, no determina que consecuentemente hubiera quedado frustrada la finalidad del recurso contencioso-administrativo contra tal resolución, que es la finalidad a atender, ex art. 130.1 LJCA. Por el contrario, precisamente por medio del recurso contencioso-administrativo puede restablecerse la finalidad que infructuosamente se trató de obtener por el recurso contencioso-administrativo especial. Por lo que, aun considerando aisladamente la impugnación de inadmisión del recurso administrativo especial, la alegación que nos ocupa no tiene sentido.

Pero es que además como el propio acto administrativo recurrido en el procedimiento administrativo especial se recurre también de modo directo en el recurso contencioso-administrativo, desde la clave conceptual del art. 130.1 LJCA la propia funcionalidad del recurso contencioso-administrativo contra esta resolución de base hace que se desvanezca la eventual transcendencia de las hipotéticas infracciones que, en su caso, pudieran haberse cometido en la resolución del procedimiento administrativo especial, que es, en definitiva, un mero instrumento previo para la impugnación del acto administrativo en el recurso contencioso administrativo.



Por ello, la alegada pérdida de la garantía jurídica de la suspensión del acto recurrido en el procedimiento administrativo especial, independientemente de que dicha pérdida estuviese o no jurídicamente fundada, nada tiene que ver, como ya hemos dicho antes, con una eventual pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo. Y precisamente por ello resulta absolutamente ocioso, y fuera de lugar en trance procesal de decidir sobre una petición de medidas cautelares, un pronunciamiento jurídico sobre si el procedimiento administrativo especial intentado era, o no, procedente, y si era, o no, correcto el cómputo del plazo para su interposición, cuestiones éstas que, en su caso, constituirán precisamente la cuestión de fondo a decidir en la impugnación de la resolución del OARCC, si es que ésta se aísla del otro objeto del actual recurso-administrativo.

Por último, resulta determinante para el rechazo de la alegación que analizamos la impecable argumentación del Fundamento Segundo del Auto de 19 de Julio de 2012 de que *«en relación a esa pretendida rehabilitación del efecto suspensivo que produce la interposición del recurso especial ante el OARCC, debe indicarse que la suspensión finaliza cuando este órgano dicta su resolución, aunque sea de inadmisión de acuerdo con el art. 47 LCSP, con independencia de su validez o corrección»*, argumento que evidencia por sí solo la falta de consistencia jurídica del planteamiento de la parte.

Se impone, por todo lo expuesto, el rechazo de la argumentación contenida en el apartado 2.2 del motivo.

La argumentación contenida en el apartado 2.3 del motivo, referida como las anteriores en el apartado B *in fine* del fundamento de Derecho Segundo del recurso, resulta, como las anteriores, rechazable.

Sobre el particular debe advertirse que independientemente de que el alegado aumento de tarifas pudiera o no derivarse del acuerdo impugnado, eso nada tiene que ver con la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso, que naturalmente debe enjuiciarse desde la óptica del interés de la recurrente; por lo que el planteamiento de esta carece de raíz de virtualidad jurídica.

Ello a parte, el planteamiento en casación desconoce en realidad el sentido de la casación, cuyo objeto, como hemos dicho hasta la saciedad, no es la impugnación del acto administrativo, sino la impugnación de la resolución jurisdiccional recurrida. Y es lo cierto que el pronunciamiento de los Autos recurridos sobre la falta de justificación del aumento de tarifas, que es lo que, en su caso, debiera impugnarse y desvirtuarse en la casación, no lo ha sido.

Lejos de ello el planteamiento de la recurrente para impugnar los Autos en ese particular, supone, como acertadamente aducen las codemandadas S.G.A.B. y A.B, un cambio de argumentación de la instancia que, es de por sí inaceptable en casación, cambio que además es convincentemente desvirtuado en la oposición de los dos codemandados citados.

Se impone por todo ello el rechazo del planteamiento de la recurrente.

OCTAVO.- El apartado 3 del desarrollo del motivo, sintetizada en el Fundamento de Derecho Segundo apartado C, respecto a cuyo planteamiento la oposición de las partes recurridas ha quedado expuesta, respectivamente, en los Fundamentos de Derecho Tercero, apartado C) y

Cuarto, apartado B), no merece tampoco ser acogido por la Sala, que considera más convincentes las alegaciones de las correcurridas.

Los Autos recurridos si evidencian la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, que la recurrente niega.

En realidad la parte, con apreciable exageración formalista del significado de la expresión legal a *"valoración circunstanciada"*, lo que echa de menos de los Autos es una más extensa argumentación sobre la motivación del acto administrativo recurrido en relación con las ventajas de la gestión unitaria del ciclo integral del agua.

De forma sutil, con esa forma de argumentar lo que está pretendiendo, siguiendo una línea que subyace al planteamiento de los diversos elementos del desarrollo del motivo, es que el Tribunal en fase de medidas cautelares le de la respuesta que solo corresponde a la decisión de fondo.

Es la propia parte la que en su propia expresión precisa cuáles eran los intereses en conflicto, y es lo cierto que los Autos recurridos han discurrido con incontrovertible referencia a esos intereses, rechazando que el planteamiento de la recurrente en relación con el interés que pretendía pudiera prevalecer sobre el interés público defendido por los codemandados. Sobre el particular el Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 15 de mayo de 2013 y la ratificación de lo argumentado en dicho Auto en el Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 15 de Julio, evidencia la existencia de una valoración adecuada que cumple con la exigencia del artículo 130.1 LJCA .



Hablábamos antes de *"apreciable exageración formalista"*, porque aísla la exigencia de *"valoración circunstancia de todos los intereses en conflicto"* del contexto total de la norma en que se inserta, sin tener en cuenta que, como acabamos de decir en reciente sentencia de 5 de noviembre de 2016 (Rec. Cas. 3019/2013) Fundamento de Derecho Undécimo, el elemento clave del art. 130.1 LJCA *«es el de la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso, para cuya apreciación opera en relación medial o instrumental con el elemento clave, (y no como elemento alternativo a éste) la previa valoración circunstancial [circunstanciada quería decirse] de todos los intereses en conflicto»*. Y dado el carácter meramente instrumental respecto al elemento clave del precepto, las hipotéticas deficiencias de argumentación en la *"valoración circunstanciada"*, carece de significación autónoma, cuando la argumentación conjunta de las resoluciones de que se trate, indica de forma inequívoca cuáles son los intereses en conflicto y razona en términos adecuados la inexistencia del riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso.

La parte en su planteamiento no pone en duda cuáles sean los intereses ponderados en los Autos, sino que reclama de éstos una argumentación que justifique la ventaja pretendida por la Administración con el ciclo integral del agua, con su gestión única y con la creación al respecto de la Sociedad de Economía Mixta; esto es, no su interés en ello, sino la realidad de la ventaja pretendida. Es claro que una exigencia tal no tiene cabida en la expresión legal *"valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"*; por lo que el planteamiento de la recurrente, como ya se ha dicho, no merece acogida.

La jurisprudencia citada por la recurrente en apoyo de su tesis no descalifica la corrección de los Autos recurridos en el punto que nos ocupa.

En primer lugar, para que tal cita resulte eficaz, y no un mero recurso retórico, sería preciso que se justificase la similitud con el actual de los casos en que se dictaron las resoluciones invocadas, sin lo cual la cita resulta casi estéril.

Pero es que además, examinando por nuestra parte la virtualidad orientativa del Auto y Sentencia invocados para la decisión del caso actual, no advertimos que de ellos pueda extraerse el aval que la parte ha buscado en los mismos.

Se impone, por todo lo expuesto, el rechazo de la argumentación del motivo referido en su apartado 3.

NOVENO.- La última parte del desarrollo del motivo, su apartado 4, sintetizada por nuestra parte en el Fundamento de Derecho Segundo apartado d), respecto a la que las partes recurridas ofrecen la argumentación, que hemos sintetizado, respectivamente, en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado D), la del Área Metropolitana de Barcelona, y en el Cuarto, apartado B), 4, la de S.G.A.B. y A.B., merece igual suerte que la de los que la han precedido.

En primer lugar, para imputar a *"la sentencia"* [evidentemente se está refiriendo a los Autos] que se amparan *«en una visión profundamente limitativa del fumus boni iuris sin respaldo en la ley ni en la jurisprudencia»*, el mínimo indispensable es la indicación de cuáles sean los contenidos de la ley y cuáles las sentencias que conforman esa jurisprudencia, que priven de respaldo a los Autos recurridos. La única cita al respecto de la Sentencia de 12 de Abril de 2013 resulta especialmente desafortunada para la tesis de la recurrente, como con indudable acierto arguyen en relación con tal cita los recurridos S.G.A.B. y A.B.

No es mínimamente convincente la crítica de los Autos porque eluden el análisis de las que califica, con absoluta justeza, de cuestiones muy complejas, cuyo análisis debe quedar reservado para la pieza principal, pues las cuestiones así aludidas constituyen realmente el fondo del asunto, cuyo análisis y decisión no puede anticiparse en el trance de medidas cautelares por las razones incontrovertibles expuestas en el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto de 15 de marzo de 2013, razones que, a su vez, viene reforzada por la misma sentencia de 12 de abril de 2013 (Rec. cas. 5972/2011), inexplicablemente citada por la recurrente, cuyo Fundamento de Derecho Sexto dice:

«Así es, según jurisprudencia reiterada y uniforme, venimos declarando que la doctrina de la apariencia de buen derecho basada en la nulidad del acto impugnado, como causa determinante de la suspensión cautelar, ha sido acogida por la Sala en casos muy específicos. Se trataba de supuestos en los que resultaba "ab initio" de manera manifiesta y evidente esa apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración, o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos, por lo que era obligado concluir que la misma sentencia estimatoria se repetiría en el caso contemplado por la solicitud de suspensión.

Nada de eso ocurre en el supuesto que ahora analizamos, dado que las causas de nulidad invocadas por la recurrente no resultan ni evidentes por sí mismas, ni son ostensibles y manifiestas en razón al contexto, por lo que su eventual concurrencia sólo podrá ser apreciada tras el imprescindible debate procesal entre las partes. En definitiva, mal puede sostenerse la existencia de una apariencia de buen derecho que sostenga la medida



cautelar solicitada por la parte recurrente, cuando los precedentes avalan, precisamente, la solución contraria a la que postula la recurrente».

En esa misma línea jurisprudencial, podemos reproducir aquí lo que en la Sentencia de 5 de noviembre de 2014, antes aludida, decíamos en el Fundamento de Derecho Octavo, b):

«b) Acudiendo así a nuestra jurisprudencia, debe observarse que el planteamiento del recurrente sobre la apariencia de buen derecho no se ajusta a los términos en que dicha jurisprudencia permite aplicarlo, pudiendo acudir como exponentes de la misma a las sentencias referidas por la recurrida (Sentencias de 6 de noviembre de 2012 -Rec. de cas. 5462/2011-, F.D. Cuarto [«jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo la que indica que éste es un principio que ha de manejarse con medida y que únicamente puede considerarse como factor relevante para dilucidar la prevalencia del interés que pueda dar lugar a la procedencia de la suspensión, cuando de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento, o se impugne un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, o haya recaído ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula. Todo esto con el carácter meramente provisional propio del régimen de las medidas cautelares y sin prejuzgar en absoluto el fondo del asunto»] y de 13 de febrero de 2014 -Recurso de casación 442/2013-, F.D. Segundo), criterio reiterado en otras posteriores (STS de 7 de marzo de 2014 -Rec. de cas. 1340/203- F.D. Cuarto, STS de 24 de Abril de 2014 -Rec. cas. 1351/201 - F.D. Tercero), pues el caso actual no entra en ninguno de los supuestos en que la misma permite su aplicación» .

Ha de concluirse, por lo expuesto, que la jurisprudencia de esta Sala aporta el respaldo definitivo de la argumentación de los Autos recurridos en el puesto que nos ocupa, que la recurrente descalifica con desmedido énfasis, y con absoluta carencia de razón.

DÉCIMO.- Es preceptiva la imposición de costas al recurrente conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA, si bien ejercitando la facultad establecida en el apartado 3 del propio artículo, se fija como límite máximo por todas las costas el de 6.000€.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación 3129/2013, interpuesto por la Procuradora Doña Gloria Mesa Teichman, en nombre y representación de Acciona Agua, S.A. contra los Autos de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de mayo de 2013 y de 19 de julio 2013, dictados en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo número 27/2013, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-