

**RECURSO CASACION Num.: 3019/2013**

**Votación: 08/10/2014**

**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<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo**

**D. José Díaz Delgado**

**D. Vicente Conde Martín de Hijas**

---

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil catorce.

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 3019/2013, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Francisco-Miguel Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de la *Generalitat* de Cataluña contra el Auto de la Sección

Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2013, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso ordinario número 14/2013.

Ha sido parte recurrida la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., representada por la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Cataluña dictó Auto el 16 de julio de 2013 en el recurso número 3019/2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal [traducción literal al castellano efectuada directamente por la Sala del original en catalán, en el Auto citado. Observación que hacemos de antemano respecto de similares traducciones ulteriores de otros textos de distintas resoluciones y documentos obrantes en las actuaciones y redactados asimismo en catalán]:

*«HEMOS RESUELTO:*

*Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de fecha 26 de marzo de 2013, confirmando la misma».*

*Segundo.- Imponer las costas a la actora, costas que en ningún caso superarán el máximo total de 800 euros».*

**SEGUNDO.-** El 26 de marzo de 2013 la Sala dictó Auto en el que se declaró no haber lugar a suspender la efectividad de la resolución impugnada del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña de fecha 2 de enero de 2013.

Dicho Auto consta de siete Fundamentos de Derecho cuyo respectivo contenido, en lo esencial, es el siguiente:

El Primero comienza refiriéndose al Derecho europeo, y en concreto a las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE.

Respecto a ellas se dice lo siguiente:

*«La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente, mediante la limitación de los supuestos que pueden dar lugar a que no se declare la ineficacia de un contrato, pese a su ilicitud, singularmente cuando se trate de intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión»*

Se transcriben a continuación el Preámbulo de la Directiva 2007/66/CE los apartados (3) y (4); el art. 1º de la Directiva 92/13/CEE, en la redacción que le dio la Directiva 2007/66/CE y el art. 2 quinquenios de la misma Directiva 92/13/CEE, afirmando, como conclusión de esta normativa que:

*«Se deduce de todo ello que la decisión de suspender la eficacia de un acuerdo adoptado por el órgano independiente creado en aplicación de las disposiciones del Derecho europeo debe ser modulada convenientemente, a fin de evitar que queden frustrados los objetivos que las Directivas comunitarias pretenden alcanzar con el establecimiento de este mecanismo de garantía de los licitadores»*

El Fundamento Segundo aborda a alegación de la Administración recurrente de que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (OARCC en adelante) *«ha incurrido en un error evidente de modo que la petición de suspensión se beneficiaría de una clara apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)»*

Sobre el particular y sobre la aplicación de la misma al caso dice el  
Fundamento:

*«Es bien sabido que el Tribunal Supremo ha limitado la aplicación del criterio del "fumus boni iuris" en materia de medidas cautelares -criterio que, por cierto, la Ley Jurisdiccional no recoge expresamente- a aquellos supuestos en que esa apariencia fuera ostensible y manifiesta a primera vista, sin necesidad de aventurarse a enjuiciamientos más complejos, propios del análisis de fondo del asunto. Por otra parte, se extrema esta cautela y se inaplica la teoría del fumus cuando se formulan pretensiones de nulidad o anulabilidad en virtud de causas que son objeto de valoración y decisión por primera vez, a diferencia de aquellos casos en que el acto recurrido es dictado en ejecución de una norma o disposición general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugnaba un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En efecto, cuando se recurre un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, no cabe prejuzgar la cuestión de fondo, con lo que, por amparar el derecho a una tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho del mismo rango, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, habida cuenta que el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.*

*En el caso que ahora se examina, la Administración de la Generalitat sostiene que el OARCC ha dispuesto la exclusión de la oferta que finalmente obtuvo la adjudicación, en base al incumplimiento del programa de ejecución de determinadas obras y actuaciones, cuando el anexo 9 del pliego de condiciones, que establece dicho programa, tiene un carácter meramente orientativo y, en todo caso, se respeta el límite máximo de 10 años que es el único que tiene carácter vinculante. Se señala que la adjudicataria obtuvo cero puntos por este capítulo, al no ofrecer ninguna reducción del indicado plazo máximo, en tanto que la otra oferta obtuvo 3 puntos sobre un total de 4.*

*La alegación de la Administración de la Generalitat resulta perfectamente defendible en el proceso principal, pero no evidencia un error manifiesto y palmario por parte del OARCC, que pueda dar lugar a que se suspenda por esta sola causa la eficacia de la resolución impugnada. En efecto, la determinación del carácter vinculante o no del programa de obras que se contiene en el anexo 9 del pliego de condiciones es una cuestión que no resulta evidente y que ha de quedar reservada al examen del fondo del litigio. A este respecto, resulta muy relevante el hecho de que el propio órgano de contratación, al contestar las aclaraciones que le formularon las empresas interesadas sobre el contenido del pliego de condiciones, dio una respuesta*

*afirmativa, como consta en la página 22 del documento, a la pregunta relativa a que "el Programa d'execució de les obres que ha de proposar el licitador permetrà l'adaptació del calendari proposat però s'haurà de respectar en tot cas l'ordre i seqüència de les obres".*

*De ello resulta que la propia Administración contratante entendió en su día que el carácter orientativo del pliego en esta materia se refería sólo al calendario, pero no al orden y secuencia de las obras, que, sin embargo, aparecen modificados en la propuesta de la adjudicataria en un porcentaje relevante, dicho sea ello a los solos efectos de esta pieza separada y sin prejuzgar lo que se resuelva en la sentencia definitiva.*

*En consecuencia, debe concluirse que la resolución del OARCC no contiene un error manifiesto y evidente en su fundamentación, sino que se basa en un argumento perfectamente sostenible, cuyo acierto deberá ser examinado cuando se analice el fondo de la cuestión litigiosa. Ello significa que no cabe dar lugar a la suspensión de la eficacia de aquella resolución en base al mero criterio del "iuris boni iuris".»*

El Tercero Expone en los siguientes términos la alegación de la recurrente relativa a los daños y perjuicios que ocasionaría la ejecución de lo resuelto por el OARCC;

*«1.- El hecho de que se ha suscrito el contrato, con la consiguiente extinción de la entidad de derecho público Aigües Ter-Llobregat (ATLL), y se ha iniciado la prestación del servicio por el nuevo concesionario, de modo que se ha dado cumplimiento a la disposición adicional V de la Ley 10/2011, de 29 de diciembre.*

*2.- Hay un interés pública en mantener los efectos del contrato. Si se ejecutase la resolución del OARCC no se garantizaría una segunda oferta y podría transcurrir mucho tiempo hasta la formalización de un nuevo contrato. Además, debería indemnizarse a la adjudicataria.*

*3.- Igualmente se derivarían perjuicios para el personal de ATLL, habida cuenta que la adjudicataria mejoró la exigencia del pliego y se comprometió a mantener a la totalidad del personal durante toda la vigencia del contrato.*

*4.- Se produciría un incremento de la tarifa del servicio, ya que la ofrecida por la adjudicataria resulta ser claramente inferior, lo que supone una diferencia de unos 30 millones de euros anuales.*

5.- Además, se producirían perjuicios irreparables para la Hacienda de la Generalitat, que ya ha percibido un primer pago de unos 298 millones de euros en concepto de canon, en tanto que ha contabilizado la totalidad del mismo en el ejercicio presupuestario de 2012.»

El Cuarto analiza conjuntamente la primera y segunda de las alegaciones y dice:

*«CUARTO.- Por lo que respecta a la primera y la segunda de las citadas alegaciones, que pueden examinarse conjuntamente, debe tenerse en cuenta que la Administración de la Generalitat formalizó el contrato de autos antes de que se emitiera la resolución del OARCC, de modo que asumió voluntariamente el riesgo de que ésta dejara sin efecto el acuerdo de adjudicación. En consecuencia, este hecho no puede ser utilizado ahora como argumento contra la plena eficacia de lo resuelto por el Órgano de recursos.*

*En cualquier caso, no cabe considerar que la prestación del servicio pueda verse sustancialmente alterada por la ejecución de lo resuelto por el OARCC. No cabe olvidar que el artículo 35.3 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que "si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio". De este modo, la Administración se halla facultada para adoptar las medidas pertinentes, incluso la continuidad de la gestión del adjudicatario durante un periodo transitorio, que eviten cualquier solución de continuidad en la prestación del servicio.*

*Por otra parte, existe otra oferta que vincula a quien la formuló y que no ha sido considerada inadmisibile en ningún momento, por lo que tampoco cabe prever la posibilidad de que se declare desierto el procedimiento de adjudicación, con la demora que sería inherente a esta circunstancia. El artículo 151.3 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que "no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego"»*

El Quinto se refiere al daño alegado respecto del personal de la extinta entidad Aigües Ter-Llobregat, negando su existencia *«desde el momento en que la exigencia de mantenimiento del puesto de trabajo que deriva del pliego de condiciones (20 meses) extiende su eficacia durante un periodo superior al de duración previsible de este*

*procedimiento, y ello con mayor razón si se tiene en cuenta la oferta de la demandada, que se extiende a 40 meses» .*

El Sexto se refiere a *«la incidencia que pueda tener la ejecución de lo resuelto sobre el sistema tarifario»* y se afirma que *«no ha quedado bien determinada en esta pieza separada»*; que la alegación de la Administración sobre el incremento de 30 millones de euros *«no descansa en una justificación suficiente»*, y *«tampoco puede dejarse de lado la incidencia que pueda tener sobre esta cuestión el ejercicio de otras potestades públicas, como las que viene atribuidas a la Comisión de Precios»*; que *«en definitiva, la estructura tarifaria tiene una configuración ciertamente compleja, máxime cuando se trata, como en este caso, de un suministro en alto que no repercute directamente sobre los usuarios del servicio»*; y que *«Por ello, tampoco cabe avanzar a esta fase del proceso argumentaciones que han de quedar reservadas al examen de fondo»*.

Por último el Fundamento Séptimo examina la alegación referente a las *«consecuencias que la resolución del OARCC comportaría para la Hacienda de la Generalitat. Resulta obvio que la declaración de nulidad del contrato dará lugar a la devolución al adjudicatario de las cantidades que éste haya abonado por razón de aquél»*; y se argumenta que *«Sin embargo, deben aplicarse en este caso las mismas razones que antes se ha expuesto sobre el hecho de que no es previsible, con arreglo a las normas legales antes citadas, una situación de pendencia prolongada antes de que se proceda a una nueva adjudicación. En tal caso, el abono del canon correspondiente será asumido por el nuevo adjudicatario, en condiciones equivalentes al anterior, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de un quebranto relevante para la Hacienda de la Generalitat.»*.

Y se concluye afirmando que, *«Por todo ello, debe denegarse la adopción de la medida cautelar que solicita la Administración recurrente. Desde la perspectiva de una aplicación correcta del Derecho europeo, que se pronuncia en los términos que antes se ha expuesto, debe concluirse que lo acordado por el órgano independiente de recursos (el OARCC) debe tener plena virtualidad, a no ser que se justificase la existencia de graves perjuicios para el interés general, cosa que aquí no ocurre, según lo razonado.»*

**TERCERO.-** Contra dicho Auto interpuso recurso de reposición la Administración recurrente, que fue desestimado por Auto de 16 de Julio de 2013. El Auto se compone de 5 Fundamentos de Derecho de orden sustantivo

y un Sexto referido a la imposición de costas. Dichos fundamentos son del tenor literal siguiente: [traducción al castellano del original en catalán]

*«Primero.- La representación de la Generalitat de Cataluña fundamento este recurso en los siguientes motivos:*

*A) El error manifiesto en el que incurre la resolución impugnada al considerar que el anexo 9 del pliego de cláusulas administrativas es vinculante, y admite el carácter no contractual del mismo, siendo así que las dos agrupaciones licitadoras modificaron el plan de obras en cuestión; B) El hecho de que la consulta vinculante ha de ser entendida en el sentido de que el orden y secuencia de las obras que habrá que respetar se limita a aquellas obras relacionadas entre sí, singularmente las referidas a un mismo emplazamiento, planteamiento éste que la oferta de la adjudicataria respetó; c) La pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de que no se disponga la medida cautelar solicitada atendida la grave perturbación de la Hacienda pública que, comportaría la ejecución de la resolución del Organismo administrativo de recursos contractuales, especialmente considerando el impacto sobre el déficit de la Generalitat de Cataluña para el año 2012 y los ajustes negativos en el gasto que esta circunstancia comportaría. Se añade en este sentido las dificultades que podría haber para adjudicar de nuevo el contrato si la demandada no mantiene su oferta, o sea necesario declarar desierto el contrato por otros motivos; D) Los daños adicionales que ocasiona la resolución impugnada por lo que hace al aumento de la tarifa que habrían de abonar los usuarios finales, o la mayor inestabilidad de los trabajadores de la sociedad gestora.*

*Segundo.- La demandada se opone al recurso de acuerdo con un primer argumento en el sentido de que los actos negativos no son susceptibles de suspensión cautelar. Al mismo tiempo, alega que no resulta admisible que en el recurso de reposición se aporten nuevas cuestiones no planteadas en la solicitud inicial de medias provisionales.*

*Hay que desestimar la primera objeción dado que, en primer lugar, el carácter revisor de la jurisdicción ha sido en buena medida superado en la actual Ley jurisdiccional al hilo de las exigencias de una tutela judicial plena, progresión que se ha manifestado especialmente en la tutela cautelar. Por otra parte, en el caso que nos ocupa no estamos propiamente ante un acto negativo pues hay que considerar conjuntamente la resolución formalmente impugnada -la declaración de inadmisibilidad de la oferta adjudicataria- y la resolución sobre la que ésta se proyecta -la adjudicación positiva del contrato-.*

*Respecto de la segunda objeción, la actora [sic] plantea el hecho de que el recurso de reposición previo a la casación participa de las limitaciones de esta última en el sentido de que no resulta admisible la aportación de nuevas cuestiones o pruebas, de forma que el debate se ha de limitar a las cuestiones ya planteadas en la demanda cautelar y específicamente a las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se atribuyan al auto, como dispone en este último sentido el artículo 452 LEC.*

*Pues bien, es cierto que la interposición del recurso de reposición constituye un requerimiento indispensable para la viabilidad del recurso de casación, pero eso no excluye el carácter autónomo de este recurso y su virtualidad independiente de la ulterior casación, de forma que no se puede admitir una proyección indiscriminada del régimen jurídico de la casación a la reposición. Ahora bien, no es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha establecido la imposibilidad de plantear nuevas cuestiones en el recurso de reposición (Tribunal Supremo, auto de 17 de enero de 2013, recurso núm.435/2013). Sin embargo en el caso que nos ocupa no se puede considerar que la actora haya introducido nuevas cuestiones en el recurso de reposición. Si bien es cierto que la representación de la Generalitat de Cataluña incluye argumentos adicionales sobre la admisibilidad de la oferta adjudicataria y sobre la interpretación que hay que dar a la necesidad de respetar el orden y secuencia de las obras incluidas en el anexo 9, no es menos cierto que esta cuestión ya estaba presente en el debate procesal.*

*Ahora bien, la actora no se limita a incorporar argumentos adiciones sino que fundamenta los mismos en una serie de documentos o informes que aporta de nuevo con el recurso de reposición. Hay que remarcar en este punto que el recurso de reposición no es un marco adecuado para un debate de carácter probatorio pues la aportación de pruebas sin un trámite de contraste y contradicción de las mismas y la perentoriedad del término de respuesta del que dispone la contraparte sitúan a ésta en una posición de desigualdad de armas. Por lo menos, así es en los supuestos en los que la documentación podía haber sido aportada con la solicitud inicial.*

*En este último sentido hay que recordar que el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la solicitud de medidas cautelares deberá ir acompañada de prueba correspondiente, siendo así que la posibilidad de proponer prueba precluye para la actora con la solicitud inicial de la medida cautelar. Una regla de preclusión que opera igualmente en el proceso principal –artículo 56.3 y 4 de la Ley Jurisdiccional y artículo 264, 265, 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, y también en la vía administrativa –artículo 112.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común-.*

*Por otra parte hay que tener presente que el interés público a tutelar se encarna en el acto impugnado, esto es, en la resolución del Órgano administrativo de recursos contractuales de Cataluña -por bien que en las presente actuaciones nadie lo defienda específicamente-. Una resolución cuya ejecutividad ampara en ese caso no solo la genérica presunción de legalidad de toda la actuación administrativa, sino la muy específica de provenir de un órgano de la Administración cuya imparcialidad, como nota constitutiva del mismo, queda consagrada no solo en la normativa autonómica o estatal, sino por la Comunidad europea; de forma que ningún otra interés público se podría anteponer al ligado a esta presunción de imparcialidad sin cuya garantía la contratación de ámbito comunitario sería insostenible y comportaría a los Estatutos incumplidores muy graves consecuencias, obviamente también económicas, al Reino de España en su calidad de Estado miembro.*

*Tercero.- La actora reitera en este recurso de reposición la alegación referida a la apariencia del buen derecho del recurso dado el error notorio en el que, a su juicio incurre la resolución impugnada. Señala en este sentido la contradicción que supone considerar que el anexo 9 del pliego de cláusulas administrativas es vinculante y admitir al tiempo el carácter no contractual del mismo. Se añade que en todo caso las dos agrupaciones licitadoras modificaron el plan de obras en cuestión.*

*El caso es que la resolución del Órgano administrativo de recursos contractuales refleja el informe técnico de valoración de las ofertas, informe que pone de relieve el hecho de que la oferta de ACCIONA/AAC "modifica la distribución anual de las inversiones respecto a la propuesta formulada en el pliego, situando algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia". A partir de este dato el Órgano especial de recursos valora que el aplazamiento de algunas obras constituye una variante que repercute sobre las tarifas, para concluir que "aplazar las obras vacía o desnaturaliza el contenido del contrato"; y añade que admitir estas desviaciones a uno de los licitadores afecta a los principios de igualdad, no discriminación y competencia respecto al otro licitador. En definitiva el Órgano administrativo considera que la distribución temporal de las obras era una referencia de respeto obligado. Un planteamiento que el órgano de contratación había abonado previamente al responder a las consultas vinculantes, cuando estableció la obligatoriedad del orden y secuencia de las obras y la libertad para modificar su calendario. La demandada pone de relieve en este sentido que su oferta respeta el orden de las obras entendido éste como la sucesión temporal de las mismas en preservar los términos iniciales establecidos en el anexo 9, mientras que la oferta seleccionada retrasa el inicio de determinadas obras con el resultado de modificar la sucesión temporal de las mismas.*

*Puede ser que la resolución del Órgano administrativo no ha sido suficientemente matizada por lo que hace a la distinción entre aquello que es obligado y aquello que es de libre disposición en la temporización de las obras, o al omitir alguna referencia a la consulta vinculante citada. Ahora bien, no hay duda de que lo que cuestiona el Órgano administrativo es el aplazamiento de las obras. El fundamento en el principio de igualdad y el mismo sentido final de la resolución tienen bastante verosimilitud a la vista de la consulta vinculante a efectos de descartar en esta pieza separada la constatación de un error manifiesto que pueda fundamentar la adopción de una medida cautelar basada en la apariencia del buen derecho del recurso.*

*La representación de la Generalitat aporta en la reposición una justificación en el sentido de que si el orden y secuencia de las obras ha de ser respetado, debería de ser solo en aquello que afecta a las obras vinculadas entre sí, específicamente a las situadas en el mismo emplazamiento.*

*Sin embargo esta justificación no modifica las cosas. Ciertamente este es un criterio plausible de temporización, pero no tiene base en el pliego de condiciones, ni esta forma de temporización se deriva de la respuesta vinculante antes citada; consulta que se refiere al orden y secuencia de las obras en su conjunto sin más concreciones. Por otra parte, también sería razonable un orden de prioridad general basado en la necesidad o conveniencia de cada una de las 36 obras de acuerdo con las necesidades del servicio globalmente consideradas.*

*En este último sentido, la cláusula 35 prevé la posibilidad de que la administración decida sobre la ejecución de alguna de las obras incluidas en el anexo en función de la urgencia derivada de las necesidades del servicio, de forma que se podría entender que la temporización del anexo responde a una primera valoración de la urgencia de cada una de las obras respecto a las otras, valoración inicial que la cláusula citada precisamente permite modificar.*

*En definitiva, la argumentación de la actora puede ser verosímil y no se puede descartar que pueda ser abonada finalmente en la sentencia. Ahora bien, la resolución del Órgano administrativo es igualmente verosímil en los términos expuestos, de forma que no se puede avanzar en esta pieza cautelar una evidencia de error manifiesto en la resolución impugnada que pueda fundamentar la medida cautelar que se demanda en una apariencia de buen derecho del recurso.*

*Cuarto.- La actora invoca nuevamente la pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de que no se disponga la medida cautelar solicitada atendida la grave*

*perturbación de la Hacienda pública que comportaría la ejecución de la resolución del Organismo administrativo de recursos contractuales, especialmente considerando el impacto sobre el déficit de la Generalitat de Cataluña para el año 2012 y los consiguientes ajustes negativos del gasto. Se añade en este sentido las dificultades que podría haber por adjudicar de nuevo el contrato si la demandada no mantiene su oferta, o cupiese declarar desierto el concurso por otros motivos.*

*Según se argumentó en el auto impugnado, la decisión sobre la medida cautelar se adoptó en atención a los criterios generales establecidos considerando al mismo tiempo el sentido y finalidad del recurso especial en materia de contratación así como los criterios de valoración que la Directiva europea 2007/66/CE respecto a las medidas cautelares, criterios que quedaron reproducidos en el mismos auto. Hay que remarcar que esta norma es clara al determinar que no se considerarán los intereses económicos directamente vinculados al contrato, específicamente los costas de transición a un nuevo licitador o los costes derivados de una nueva convocatoria si esta resulta necesaria.*

*Pues bien, la evaluación de los posibles daños derivados de la ejecución de la resolución impugnada se ha de hacer en función de los escenarios posibles teniendo en cuenta su grado de probabilidad actual. En este sentido hay que remarcar que las disposiciones adicionales 1º y 2º de la Ley 11/2011 imponen la gestión indirecta del Servicio mediante concesión como señala la actora en su escrito de solicitud de las medidas cautelares. Este es un dato que descarta ya de entrada la hipótesis consistente en un retorno a la gestión directa del servicio por la Generalitat de Cataluña, siendo así que los entes públicos que gestionaban el servicio hasta ahora se ha disuelto. Vale decir que el daño que la actora alega respecto a las finanzas de la Generalitat se fundamenta en esta hipótesis.*

*El estado actual de cosas lleva a una primera hipótesis consistente en que el servicio sea concedido a la segunda licitadora. Si esta hipótesis no prospera, el servicio habrá de ser objeto de nueva licitación pues, como se ha mencionado, el marco normativo vigente impone la gestión por concesión. El caso es que en una u otra alternativa el nuevo adjudicatario asumirá la retribución correspondiente y el déficit público se mantendrá en los mismos términos actuales.*

*El informe de la interventora general que la actora aporta se remite de forma imprecisa a las posibles consecuencias correctoras y coactivas previstas en la Ley Orgánica 2/2012 de disponibilidad presupuestaria. Ahora bien, el caso es que en la eventualidad de un déficit sobrevenido, la Generalitat estaría obligada a elaborar un plan económico financiero de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la citada*

*norma, plan que en efecto habría de prever medidas de equilibrio a partir de una disminución en el gasto o la generación de ingresos adicionales. Ahora bien, nada impide que la mera adjudicación se produzca en paralelo al plan, de forma que el déficit quedaría absorbido simultáneamente.*

*Sea como sea, si la hipótesis legalmente obligada es la nueva adjudicación del servicio, los daños para la Hacienda pública han de quedar sustancialmente compensados, reduciéndose el problema a la velocidad de reacción de la misma Administración recurrente para minimizar el plazo de transición.*

*En definitiva, no ha acreditado la actora con suficiente solvencia un daño desproporcionado derivado de la ejecución de la resolución impugnada. Ciertamente no se puede descartar una evolución negativa de la situación que comporte perjuicios, eventualmente perjuicios desproporcionados, pero esta posibilidad es ahora por ahora hipotética o incierta; por tanto, insuficiente para fundamentar una medida cautelar (Tribunal Supremo, Sentencia de 5 de noviembre de 2011, recurso núm. 6341/2009).*

*Quinto.- Finalmente la actora invoca otros daños adicionales que ocasiona la resolución impugnada como los referidos al aumento de la tarifa, que deberán abonar los usuarios finales o la mayor inestabilidad laboral de los trabajadores de la sociedad gestor.*

*Hay que tener en cuenta que la diferencia en la tarifa de una y otra licitadora es de 0'08 euros/mt.3, de forma que, siendo el consumo anual por habitante en 2012 de 39 mt.3 aproximadamente la diferencia entre las dos tarifas oscilaría entre 5'2 euros/habitante/año el 2013 y 3'2 euros a partir de 2015.*

*El caso es que la demandada argumentó en su momento el hecho de que la tarifa de la adjudicataria no absorbía los impuestos como lo hacía su tarifa. Aparte, puso de manifiesto que la Administración había aprobado una nueva tarifa superior de forma prácticamente simétrica a la resolución del concurso. Alegaciones que no han sido objeto de contradicción.*

*En definitiva, como se avanzó en su momento la valoración del daño derivado de la diferencia de tarifas requeriría aportar una proyección de una y otra oferta en la tarifa final a los usuarios durante el tiempo de tramitación de este recurso, pues si de lo que se trata es de valorar el impacto para los consumidores, hay que tomar en consideración los datos referidos a los usuarios finales con todas las repercusiones.*

*Por lo que hace al riesgo laboral, la demanda pone de manifiesto que el término de garantía de los contratos que se ofreció es de 60 meses, término suficiente a los efectos de tramitar este proceso, de forma que los daños no se producirían en el término de espera de la sentencia, que es lo que aquí importa»*

El Auto lleva un voto particular del Magistrado Don Alberto Andrés Pereira, ponente del Auto recurrido, que había declinado la ponencia, al no estar de acuerdo con el parecer de la mayoría, que es del siguiente tenor:

*«Con el respeto que siempre me merece la opinión de la mayoría, lamento no compartir en este caso la decisión adoptada. La discrepancia con ella se concreta en los siguientes puntos:*

*1.- El Auto que ahora se recurre en reposición se fundamentó básicamente en la necesidad de garantizar la eficacia de la resolución adoptada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Catalunya (en lo sucesivo OARCC), desde la perspectiva que ofrece el Derecho europeo y las exigencias derivadas del mismo. En tal sentido, se recogieron en aquella resolución los particulares de las Directivas comunitarias que prevén el establecimiento de un mecanismo de impugnación rápido y eficaz, que los Estados deben garantizar. El referido criterio debe ser confirmado íntegramente, tal y como lo entiende la opinión mayoritaria. Sin embargo, considero que, pese a ello, las alegaciones de las partes debían llevar a reconsiderar la decisión adoptada inicialmente.*

*2.- En cuanto se refiere a la apariencia de buen derecho, resulta necesario distinguir entre dos planos distintos. Por una parte, el que se refiere al contenido de la resolución del OARCC propiamente dicha y por otra, a las alegaciones de las partes que se han vertido en la presente pieza separada. En cuanto a la resolución impugnada del OARCC, resulta claro que la misma se basa en la atribución de un carácter vinculante al anexo 9 del pliego de cláusulas, pese a que éste proclama claramente su naturaleza no contractual. Así resulta del fundamento jurídico 8º de la resolución administrativa impugnada, cuando afirma que en aquest sentit, aquest OARCC considera que, malgrat que els períodes de referència es trobin a l'annex 9 - que com hem vist es qualifica com a documentació no contractual-, en el mateix moment que sentren a valorar no poden tenir en cap cas el sentit d'indicatiu, com allega l'òrgan de contractació».*

*Parece claro que esta afirmación, de la que depende el sentido de la resolución del OARCC, no se ajusta al contenido del pliego de condiciones, por lo que puede*

*apreciarse, ictu oculi, que el razonamiento del Órgano de recursos no resulta acertado. De hecho, ninguna de las partes sostiene, como lo hace el OARCC, que el anexo 9 tenga carácter vinculante en toda su extensión.*

*Cosa distinta es la argumentación relativa a las aclaraciones realizadas en su día por el órgano de contratación, a instancia de los licitadores, según las cuales debía respetarse en todo caso el "orden y secuencia de las obras". A este respecto, debe considerarse, en primer lugar, que el OARCC no ha tenido en cuenta ni el contenido de la aclaración ni el concepto de "orden y secuencia de las obras", al que no se refiere en su resolución. Se trata, pues, de un criterio que se introduce en el marco de este proceso, y cuyo alcance resulta lógicamente discutido por las partes. En consecuencia, no constituye un criterio que pueda reforzar el *fumus boni iuris* de la resolución impugnada y su análisis debe quedar reservado para la sentencia que ponga término al proceso.*

*De cuanto antecede se desprende que la resolución del OARCC ha incurrido en un error manifiesto, ello sin perjuicio de los efectos que puedan derivar finalmente de las aclaraciones formuladas por el órgano de contratación al contenido del pliego de cláusulas, cuestión que no procede anticipar a este momento procesal.*

*3.- El Auto ahora impugnado consideró que no resultaba previsible que se declarase desierto el procedimiento de adjudicación, por lo que el nuevo adjudicatario asumiría el abono de las cantidades que habrían de retornarse al anterior, de modo que no existiría un quebranto relevante para la Hacienda de la Generalitat. Sin embargo, las alegaciones vertidas en este recurso deberían conducir a reconsiderar esta conclusión.*

*Debe partirse del hecho de que la resolución del OARCC se limita a excluir la oferta presentada por el adjudicatario, y no se pronuncia sobre las consecuencias de esta decisión. De este modo, no se prejuzga en absoluto el resultado final del concurso. Por otra parte, la Administración actora alega de forma verosímil que la otra oferta deberá ser igualmente excluida, en aplicación de los criterios del OARCC, dado que, en cuanto a un total de 6 obras, tampoco respeta el programa contenido en el anexo 9 del pliego de cláusulas, que aquél ha considerado vinculante en todos sus extremos. Ello determinaría que se declarase desierto el concurso, hipótesis que el Auto impugnado no consideró previsible.*

*Puestas así las cosas, la ejecución de la resolución del OARCC comportará la necesidad de restituir al adjudicatario una cantidad cercana a los 300 millones de euros, con las lógicas dificultades de tesorería en los actuales momentos de crisis*

*económica. Además, el impacto sobre el déficit público alcanzaría el 0,51% del PIB de Cataluña, como ya se acreditó en el escrito inicial que dio lugar a esta pieza separada, lo que podría hacer necesarias nuevas medidas de austeridad que compensasen la pérdida de los ingresos computados en el ejercicio 2012.*

*Es obvio que estas consecuencias económicas desbordan claramente el marco del contrato litigioso y tienen una incidencia macroeconómica que debe ser tenida en cuenta a la hora de resolver sobre la medida cautelar solicitada.*

*4.- En último término, debe ponderarse especialmente que el contrato de autos tiene por objeto la prestación de un servicio esencial, como es el abastecimiento de agua en alta a través del sistema Ter-Llobregat, que afecta en definitiva a un número importantísimo de usuarios finales. Aunque la demandada alega que el mantenimiento a precario del adjudicatario perjudicaría el interés público, lo mismo puede predicarse de la ejecución del acto impugnado del OARCC, habida cuenta que el conflicto jurídico se mantendrá hasta que recaiga en este proceso una resolución firme.*

*Sin embargo, no parece conveniente, desde la perspectiva del interés público, que el encargado de la prestación de un servicio tan esencial se vaya modificando como consecuencia de los sucesivos recursos, administrativos y jurisdiccionales, que se han planteado y probablemente se plantearán, en relación con el contrato litigioso. Es por ello que, desde la citada perspectiva, procedería mantener el statu quo hasta la adopción de una sentencia definitiva, vistas las anteriores consideraciones acerca de la apariencia de buen derecho y de los perjuicios económicos derivados de la ejecución del acto emanado del OARCC.*

*Como consecuencia de todo entiendo que debería haberse estimado el recurso de reposición y suspendido ejecución de la resolución impugnada del OARCC.»*

**CUARTO.-** Contra el citado auto anunció recurso de casación el Abogado de la *Generalitat* de Cataluña, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2013, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** 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 sentencia por la

*que se casen los Autos recurridos y, en su lugar, se declare que ha lugar a la medida cautelar de suspensión de la Resolución 1/2013 del OARCC solicitada, oportunamente, por mi representada, per todo ello ajustado a Derecho».*

**SEXTO.-** Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 14 de enero de 2014, concediéndose por diligencia de ordenación de 28 de enero de 2014 un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 18 de marzo de 2014, y en el que se suplicaba a la Sala que *«que tenga por presentado este escrito con su copia y, previos los trámites de ley, se sirva dictar sentencia por la que, de conformidad con lo previsto en el artículo 95.1 de la LJCA 29/1998, declare inadmisibile el recurso de casación por carecer manifiestamente de fundamento, o , subsidiariamente, lo desestime íntegramente, imponiendo en todo caso las costas a la recurrente».*

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 26 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del 8 de octubre de 2014, continuándose la deliberación los días siguientes hasta el 22 de octubre en que se procedió a la votación y fallo.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS**, Magistrado de la Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La *Generalitat* de Cataluña recurre en casación, como ya ha quedado referido en el Antecedente Primero, el Auto de 26 de marzo de 2013, confirmado por el Auto de 16 de Julio de 2013, dictados por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 14/2013, interpuesto por la *Generalitat* de Cataluña contra la resolución 1/2013 dictada por el Organismo Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, que estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación, formulado por la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (expediente de

contratación 2012003800) adoptado el 6 de Noviembre de 2012 por el órgano de contratación (el Conseller del Departamento de Territorio y Sostenibilidad, autorizado por Acuerdo del Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña de 14 de febrero de 2012).

El recurso de casación se funda en tres motivos, cuyos enunciados respectivos, sin perjuicio de la exposición ulterior de sus respectivos desarrollos argumentales, son los siguientes:

**«MOTIVO PRIMERO:** *al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las resoluciones judiciales, en concreto, por infracción de los artículos 33.1 de la LJCA y 208.2 y 218 de la LEC, en tanto que incurre en falta de exhaustividad, en incongruencia interna y error en la motivación, que impide que se pueda considerar una resolución motivada, con vulneración directa del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución.*

.../...

**MOTIVO SEGUNDO:** *al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, por infracción del artículo 728.2 de la LEC, al no concluir que concurre apariencia de buen derecho o fumus boni iuris en el recurso contencioso administrativo planteado por la Generalitat de Cataluña contra la Resolución 1/2013 del OARCC.*

.../...

**MOTIVO TERCERO:** *al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia directamente aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en tanto que las Resoluciones que se recurren, en concreto, vulneraron los artículos 129.1 y 130.1 de la LJCA, puesto que se acreditó la concurrencia de periculum in mora y, aparte, tampoco se valoraron correctamente los perjuicios a los intereses públicos que causa la no adopción de la medida cautelar de la suspensión interesada por la Generalitat de Cataluña.».*

La Sociedad General de Aguas de Barcelona se opone al recurso, en los términos que más adelante se refieren, oposición que se formula en relación cada uno de los tres citados motivos y que culmina con un planteamiento de inadmisibilidad del recurso por manifiestamente infundado.

**SEGUNDO.-** Para el adecuado enjuiciamiento del recurso es preciso hacer una exposición previa de las circunstancias relevantes del caso, cuya exposición, basada en los relatos contrastados de Antecedentes de la recurrente y de la recurrida y en la documentación obrante en las actuaciones, tiene su apoyo legal en la previsión del art. 88.3 LJCA.

**1º).- Convocatoria y Adjudicación de la concesión.**

- a) Con base en la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2011, de 29 de diciembre de 2011, cuya Disposición Adicional primera regula la "Prestación indirecta del servicio de abastecimiento mediante la red de abastecimiento Ter-Llobregat", el Departamento de Territorio y Sostenibilidad convocó licitación de un contrato de gestión de servicio público, en régimen de concesión, para la construcción, mejora, gestión y explotación de las instalaciones que constituyen la red de abastecimiento Ter-Llobregat.
- b) La convocatoria de la licitación se llevó a cabo por Resolución de 26 de Julio de 2012, concurriendo a ella dos agrupación de empresas: la primera liderada por "Acciona Aguas, S.A."; y la segunda liderada por "Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.".
- c) Por resolución de 6 de noviembre de 2012 el órgano de contratación adjudicó el contrato a la agrupación liderada por Acciona Agua, S.A..

**2º).- Recurso especial en materia de Contratación.**

- a) El 23 de noviembre de 2012 la Sociedad General de Aguas de Barcelona interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (recurso obrante en los folios 169 a 205 de las actuaciones de instancia), en el que se solicitaba la anulación del Acuerdo de adjudicación a favor de la agrupación licitadora liderada por Acciona.

En dicho recurso se hacía amplio relato de la queja de la sociedad recurrente contra el órgano de contratación, por no haberle permitido, tras la apertura de las plicas y antes de la adjudicación, el acceso a la documentación de la agrupación liderada por Acciona Agua, S.A. basándose en su carácter confidencial; lo que dió lugar a la interposición de un recurso contencioso-administrativo (el recurso ordinario 356/2012) por la Sociedad General de Aguas de Barcelona contra la resolución denegatoria del acceso a la documentación solicitada, diferente del proceso actual.

En dicho proceso se dictó el 23 de noviembre de 2012 Auto estimatorio de la solicitud de medidas cautelares formulada por la recurrente, ordenando la puesta a disposición de ésta de la siguiente documentación:

- «- El listado de todos los documentos contenidos en el expediente administrativo correspondiente al contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat y, en concreto, los contenidos en los sobres B (proposición económica) y C (oferta económica) presentados por la agrupación liderada por "Acciona".*
- La identificación clara e individual del citado listado de los documentos que han de ser reputados confidenciales con la consiguiente motivación de esta circunstancia.*
- Que traslade a la recurrente los documentos considerados no confidenciales contenidos en los sobres B y C antes citados.*
- Que se conceda de forma inmediata a la actora el trámite de vista del contenido del sobre C (oferta económica) de la proposición por la agrupación licitadora liderada por Acciona» .*

Auto cuya copia obra en las actuaciones de instancia en los folios 207 a 210, y que por medio de otrosí se acompaña en el escrito del recurso especial, y que, a su vez, se acompañó como

doc. 5 en el escrito de oposición de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. en el incidente de medidas cautelares del que trae causa la actual casación.

- b) En su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación la Sociedad General de Aguas de Barcelona solicitó por otrosí, habida cuenta que en la fecha de su interposición la recurrente no había podido tener acceso al expediente, y a la vista del Auto que acabamos de referir en el apartado anterior, que se reclamase el expediente administrativo y se le permitiese presentar en ese recurso especial cuantas alegaciones complementarias se considerasen adecuadas, así como aportar la documentación complementaria correspondiente, una vez hubiese tenido vista completa del expediente administrativo, dando un término suficiente al respecto.

El día 28 de noviembre de 2012 la Sociedad General de las Aguas de Barcelona solicitó en el procedimiento especial de recursos contractuales su suspensión, alegando que no se había dado todavía vista del expediente entero.

Por el Órgano especial se dictó resolución de 30 de noviembre, por la que se acordó dejar en suspenso la tramitación del expediente, y conceder a la parte actora un término de 10 días para presentar alegaciones complementarias, desde el momento en que tuviese acceso al expediente en cumplimiento del Auto precitado, debiendo el Departamento de Territorio y Sostenibilidad transmitir al órgano especial documento acreditativo de haber dado cumplimiento al Auto de 23 de Noviembre de 2012 (Folios 212 y 213 de actuaciones de instancia). El mismo 30 de noviembre de 2012 el Órgano especial de recursos acordó levantar la suspensión automática prevista en el 104 de la Ley 31/2007.

El 13 de diciembre de 2012 (Folios 169 a 235 de las actuaciones de instancia) la Sociedad General de Aguas de Barcelona presentó

ante el órgano especial de contratación las alegaciones complementarias para la que se le había dado trámite.

El 15 de diciembre de 2012 el Órgano especial dió traslado a la adjudicataria y a la Administración del recurso especial y de las alegaciones complementarias presentadas por la empresa recurrente.

El 19 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el órgano especial informe complementario del órgano de contratación y el 20 de diciembre de 2012 escrito de alegaciones de la Empresa Acciona.

- c) El 2 de enero de 2013 el Órgano especial de recursos contractuales dictó la resolución 1/2013 (que obra en los folios 43 a 63 de las actuaciones de instancia) cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal [traducción al castellano]:

*«Ha resuelto:*

- 1.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por el señor A.J.M. en nombre y representación de Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat (procedimiento 202003800) del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña, en el sentido de excluir a la empresa Acciona del procedimiento de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos jurídicos de esta Resolución.*
- 2.- Levantar cualquier suspensión que existiese sobre este procedimiento.*
- 3.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interpretación del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.*
- 4.- Notificar esta Resolución a los interesados.».*

De la extensa fundamentación jurídica de esta resolución conviene destacar a efectos del actual recurso determinados particulares.

En el Fundamento Sexto se resume la posición principal de la recurrente en dicho procedimiento en los siguientes términos [traducción]:

*«La cuestión principal es la alegación de la recurrente según la cual: "Resulta revelador que la Administración concedente haya otorgado 0 puntos a la proposición técnica de la Adjudicataria respecto del programa de ejecución de obras (hasta 4 puntos). Esta nula puntuación se debe a que la Adjudicataria ha incumplido una obligación del PCA, toda vez que ha "modificado" el calendario de ejecución de obras establecido en el PCA situando obras a ejecutar más allá del "horizonte temporal"... establecido. Eso supone un incumplimiento del PCA que no ha de tener como finalidad solo los 0 puntos en esta partida, sino también el rechazo de la oferta de la Adjudicataria. En efecto, si los otros licitadores hubiesen sabido que podían programar la ejecución de obras más allá del calendario establecido en el PCA, eso habría comportado la posibilidad de modificar las oferta, no sólo técnicas sino también económicas".»*

En el Fundamento Séptimo se afirma que *«es imperativo acudir a los pliegos contractuales para ver qué es lo que realmente establecen»*. Con referencia al PCA se transcribe la "Cláusula 1. Objeto del Contrato" y se dice después:

*«en el PCAP, en diferentes cláusulas, referentes a las obras de mejora, también se establece que:*

*a) En el sobre B se habrá de presentar el "Programa de ejecución de las obras relacionadas en la cláusula "obras incluidas en el objeto del contrato", a cargo del titular de la concesión, de conformidad con las disposiciones de este Pliego y del Pliego de Prescripciones Técnicas" (Punto de las PCAP relativo al contenido del sobre B. Punto c).*

*b) Este "programa de ejecución de obras se valorará de cero a cuatro puntos (cláusula 12.2).*

*c) No se admiten variantes ni mejoras (cuadro resumen del contrato).*

*d) El anexo 9 -que está definido en el punto 3 del PCAP como documentación no contractual con efectos indicativos- establece unos periodos de referencia dentro de los cuales se deberán ejecutar estas obras previstas los 10 primeros años.*

e) El mismo anexo 9 establece que la finalidad de ejecución de estas obras básicamente permitirá mejorar aspectos como, un mejor rendimiento de la red de distribución, eliminando fugas existentes, que comportará un ahorro económico. Una mejora estructural de los depósitos, con la finalidad de permitir garantizar el cumplimiento de la normativa vigente de calidad del agua. Una adecuación técnica de las instalaciones, con el consecuente ahorro en las partidas de mantenimiento. Y finalmente la adecuación de las instalaciones a las normativas de seguridad incrementará las garantías de trabajo.

Por otra parte, en las PPT se fija, en el capítulo segundo, las obras a ejecutar por el operador, durante los primeros 10 años».

El fundamento Octavo comienza razonando en los siguientes términos:

«Tenemos, en definitiva, unos pliegos donde establece que se habrán de valorar unas obras que son parte del objeto del contrato, que se han de hacer en un término de 10 años, referenciadas en unos términos dentro de estos años y que no se admiten variantes ni mejoras. Estas obras se valoran de 0 a 4 puntos».

Tras referirse a lo que dispone el art. 145 del TRLCSP se razona en los siguientes términos:

«El precepto transcrito contiene una norma de carácter imperativo, de manera que quien presenta una proposición que no se ajuste a lo previsto, o incluya manifestaciones de las cuales se desprende, o pueda desprenderse, la existencia de reserva o excepción a los pliegos de cláusulas administrativas ha de ser excluido del procedimiento licitatorio. En este supuesto, este OARCC considera que el término de construcción de las obras no puede considerarse orientativo, sino que ha de operar como límite máximo, pues lo contrario sería alterar el principio de que el objeto del contrato ha de ser cierto y no impedir que pueda existir una adecuada comparación de ofertas, vulnerando, en el caso contrario, el principio de igualdad de trato. En este sentido, este OARCC considera que, aunque los periodos de referencia se encuentran en el anexo 9 -que como hemos visto se califica como documentación no contractual-, en el mismo momento que se entran a valorar no puede tener en ningún caso el sentido de indicativos, como alega el órgano de contratación. Y parece que este (carácter indicativo) es la voluntad inicial del órgano de contratación respecto al plano económico financiero ya que el punto relativo al sobre C dispone que "las

*precisiones incluidas en este plan económico-financiero son orientativas y se facilitan a título informativo sin que, en caso de no cumplirse, se pueda pedir el reequilibrio o responsabilidad de la Administración".*

*Este OARCC aprecia que para determinar el alcance de si el periodo de referencia ha de entenderse como máximo o como periodo indicativo, ha de tenerse en cuenta, que en la interpretación de los pliegos no puede llegarse a conclusiones que pugnen con la aplicación de los principios propios de la contratación pública, como la igualdad la transparencia y la concurrencia competitiva...»*

El Fundamento Noveno analiza *«el contenido del informe técnico de valoración de las ofertas, de fecha 18 de octubre de 2012» respecto al «3. Programa de ejecución de obras», y se afirma:*

*«Ambas agrupaciones presentan una programación de obras viable, que distribuye las diferentes actuaciones a lo largo del término previsto para su ejecución».*

Tras referirse a cada una de las memorias de las dos agrupaciones, dice:

*«El programa presentado por la agrupación no prevé ninguna reducción del término de ejecución de las obras previstas en el PCAP (10 años) y modifica la distribución anual de las inversiones respecto a la propuesta formulada al pliego, situando algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia.*

*Por contra, el programa presentado por la agrupación nº 1 prevé una reducción de 3 años en el término máximo de ejecución, aspecto bastante relevante y que eventualmente permitiría anticipar la disponibilidad de las nuevas instalaciones, así como un análisis detallado del impacto de las obras en la garantía de suministro. Por lo que hace a la distribución anual de las inversiones respecto de la propuesta formulada al pliego, hace algunas modificaciones respecto a la propuesta de referencia, todas ellas de manera justificada y después de un análisis detallado del grado de compatibilidad entre ellas. Por último, la propuesta hace una descripción individualizada de cada una de las 36 actuaciones que se prevén.*

*En función de esto, sobre una puntuación máxima de prevista en el PCAP de 4 puntos, se establecen en las valoraciones parciales las siguientes:*

*- Agrupación 1ª: 0 puntos*

- Agrupación 2ª: 3 puntos.

*Precisamente, lo que alega la parte recurrente es que el hecho de situar "algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia" no ha de ser motivo de puntuación de cero puntos, sino motivo de exclusión. Alegan que si hubiesen conocido la posibilidad de plantear las obras en un horizonte temporal superior al de referencia, podrían haber propuesto una oferta diferente.*

*Como exponían, en el Fundamento de Derecho 6ª, la empresa adjudicataria Acciona alega que la jurisprudencia ha admitido la puntuación cero puntos como perfectamente posible. Un examen detallado de la jurisprudencia citada por Acciona, nos lleva a concluir que no se trata de los mismos supuestos que configuran el recurso presentado por la parte recurrente, pues en aquellas sentencias solo se discuten la puntuación y no quedan acreditadas las mismas peticiones que la recurrente.*

*Esta OARCC no puede entrar a sustituir los criterios técnicos, pero si que ha de entrar forzosamente, por pedirlo la recurrente y corresponder precisamente a las competencias de la OARCC, a analizar si el procedimiento efectuado para otorgar la puntuación de las ofertas ha seguido las normas procedimentales y han aplicado los principios que han de regir la contratación pública de acuerdo con el TRLCSP y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*Este OARCC considera que si se diera el caso que varias empresas hubiesen licitado y una de estas hubiera situado el horizonte temporal de las obras en el periodo de referencia establecido en los pliegos, esta empresa sería merecedora de cero puntos, pues no mejora en nada lo establecido en los pliegos, pero los cumple. Por un simple principio de equidad, no se podría haber valorado con cero puntos a una empresa que ha empeorado algunos de los horizontes temporales. El principio de equidad nos lleva apreciar que no se puede tratar a los desiguales de la misma manera. Po tanto, no se puede dar la puntuación de cero puntos a la empresa que ha traspasado los umbrales de referencia.*

*Examinando a fondo el informe técnico transcrito versus los pliegos que rigen el contrato, este OARCC considera que el hecho de valorar con cero puntos la oferta técnica de Acciona que "sitúa algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia, vulnera los principios de igualdad, no discriminación y competencia.*

*Recordemos un aspecto fundamental: estamos ante un procedimiento competitivo, por tanto se han de observar todos los principios rectores dela*

*contratación pública. Una de las funciones de este OARCC es la de controlar que en la contratación pública se respete el principio pro competencia, pero siempre que hayan respetado el resto de los principios: igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad, libertad de acceso, eficiente utilización de los fondos utilizados en la realización de las obras y la selección de la oferta económicamente más ventajosa en su conjunto....*

*La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras de suministros y servicios, en su apartado 46 precisa que "la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad en el trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva."*

*En el mismo sentido que el artículo 1 del TRLCSP, antes citado, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de manera concreta a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio que ajustarán a su actuación al principio de transparencia.*

*Como ya ha dicho esta OARCC en diversas Resoluciones (14/2012, 17/2012, 19/2012 y 33/2012 entre otras), el principio de igualdad tiene por objetivo favorecer el desenvolvimiento de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas y supone pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2008, Europea Network/Comisión T. 332703, y sentencia del tribunal en primera Instancia de 9 de septiembre de 2009, Brink's Security Luxemburg, S.A. apartado 114). De la misma manera se expresa el tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resolución núm. 299/2011, 477/2012, 61/2012 y 173/2012 en el sentido que los licitadores estén en una posición de igualdad tanto en el momento de presentación de ofertas como en el momento de valoración de las ofertas por la entidad adjudicataria. El principio de igualdad de trato implica, pues, que todos los licitadores potenciales han de conocer las reglas del juego, y estas se han de aplicar a todos de la misma manera. Y en desarrollo de esta previsión el artículo 145 TRLCSP regula las proposiciones de los interesados.*

*No se le puede escapar a este OARCC el hecho de que aplazar unas obras, es una variante que influye en la tarifa que aplicará la empresa concesionaria. Aceptar que el límite de referencia no es vinculante, haría imposible comparar dos*

*proposiciones que afecten a la tarifa. Y es que este "plan de obras" afecta al resultado económico final de la oferta.*

*Pero además, este OARCC considera que el hecho de aplazar las obras vacía o desnaturaliza de contenido el objeto del contrato (las mejoras que forman parte del objeto del contrato). Se se acepta la oferta de Acciona, en tanto se cambian las exigencias propias y definidoras de la prestación, conduciría además a comparar ofertas que difieren sobre el objeto, cosa que resulta una evidente contravención, tanto del TRLCSP como de sus principios, como hemos expuesto en el F. J. 5º.*

*Por todos los argumentos anteriormente expuestos y analizados, a criterio de este OARCC, aceptar la proposición de Acciona supone vulnerar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el TRLCSP, en la normativa de contratación pública y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El límite material, es estricto, y no admite flexibilidad, salvo aquellos supuestos que los propios pliegos hayan permitido variantes, supuesto que específicamente se prohíbe en estos pliegos, y, específicamente, hayan previsto que los mismos podrán superar el presupuesto de licitación (opción de marcado carácter excepcional, en cuanto se dificulta el elemento de comparar ofertas). Es esto, de otro lado, una consecuencia derivada del derecho a una buena administración que explica la exclusión del licitador que no la cumple, y por la cual se ha de exigir la debida diligencia a los licitadores en el momento de presentar y documentar sus ofertas para preservar la finalidad del procedimiento y el principio de igualdad de trato que ha de inspirar toda licitación».*

- d) El día 7 de enero de 2013 la Sociedad General de Aguas de Barcelona presentó escrito ante el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la *Generalitat* de Cataluña (Folios 325 y 327 actuaciones de instancia) solicitando se diese cumplimiento a la resolución del OARCC, cuya solicitud final es del siguiente tener literal [traducción]:

*«Solicito que tenga por presentado este escrito, lo admita, y en su virtud y en cumplimiento de la Resolución del OARCC de fecha 2 de enero de 2013 acuerde*

*(i) Evitar que el Acuerdo de Adjudicación a favor de la Agrupación licitadora liderada por Acciona despliegue otro efecto ni consolide otra acta ni hecho consumado.*

(ii) Dejar sin efecto la formalización del contrato realizado entre el Departamento de Territorio y Sostenibilidad y la Agrupación Licitadora liderada por Acciona, procediendo a su liquidación.

(iii) Mantener a ATLL en la gestión el servicio de aprovisionamiento de agua en alta Ter-Llobregat, en la posesión de sus instalaciones, y en la titularidad de las relaciones con los trabajadores adscritos al servicio público.

(iv) Evitar que la Agrupación licitadora liderada por Acciona tome posesión de las instalaciones y del servicio público de aprovisionamiento de agua en alta Ter-Llobregat, y dejar sin efecto todas las actuaciones que hayan tendido a este fin.

(v) Retrotraer las actuaciones al momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación por parte del Honorable Consejero de Territorio y Sostenibilidad, reconocer la exclusión de la proposición presentada por la Agrupación licitadora liderada por Acciona de conformidad con la Resolución del OARCC, y dictar un nuevo acuerdo de adjudicación del Contrato a favor de la agrupación liderada por SGAB».

### **3º).- Formalización del Contrato.**

Antes de que se hubiese dictado resolución en el recurso especial, y cuando aún no había transcurrido el plazo legal para dictarla el día 27 de diciembre de 2012 se formalizó el contrato con la adjudicataria de la licitación, procediéndose de inmediato a su ejecución, hallándose en virtud del mismo dicha adjudicataria en el disfrute de la concesión del servicio adjudicado.

### **4º) Interposición del recurso contencioso-administrativo.**

El 11 de enero de 2013 la Generalitat de Catalunya interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución referida en el apartado 3, en el que por otrosí se solicitaba la medida cautelarísima inmediata de la resolución objeto de impugnación.

Por Auto de 14 de enero de 2013 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales, abriendo el trámite para la sustanciación de la solicitud de suspensión, en el que se dictaron los Autos recurridos en casación.

**TERCERO.-** Antes de entrar en el enjuiciamiento del motivo, es conveniente destacar que esta Sala acaba de dictar sentencia (de 23 de octubre de 2014, Recurso de casación nº 3014/2013) en otro recurso de casación en el que se impugnaban por otro recurrente resoluciones del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictadas en proceso contra la misma resolución administrativa aquí recurrida, y en el que, como en el caso actual, se rechazó la medida cautelar de suspensión, planteándose en dicho recurso una gran parte de las cuestiones que se reiteran en el actual a las que nuestra sentencia dio respuesta que, lógicamente, debe marcar la que ahora debamos dar a las mismas cuestiones.

Entrando ya en el enjuiciamiento de los motivos del recurso de casación, comenzando por el primero, cuyo enunciado sintético se expuso en el Fundamento Primero de esta nuestra sentencia, su muy extenso desarrollo argumental, expuesto sintéticamente, es el que sigue:

- a) La argumentación del motivo se inicia con un planteamiento de carácter general referido a la transcripción de los artículos 33.1 LJCA y 208.2 y 218.2 LEC y a la doctrina de este Tribunal al respecto, con cita y transcripción selectiva de párrafo del F.D. 3ª de la Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Rec. cas. 5.171/2008) , imputando a los autos recurridos, en especial al de 16 de Julio de 2013, el defecto de incurrir en incoherencia interna y que no están bien motivados, refiriéndose, por contraste a la motivación del auto de 16 de Julio de 2013, al voto particular discrepante del mismo.

- b) La imputada incongruencia interna, se refiere a la contradicción de dos afirmaciones del Auto de 16 de Julio de 2013 en cuanto al rechazo de *«la concurrencia de apariencia de buen derecho en la posición de la Generalitat de Cataluña, reconociendo sin embargo, que la Resolución del OARCC 1/2001 "no ha sido motivada", y para acabar afirmando que "la argumentación de la actora puede ser verosímil y no se puede descartar que pueda ser abonada finalmente en sentencia"»*, afirmando la existencia de contradicción entre las dos afirmaciones.
- c) Se afirma después que *«lo más sustancial se halla al pretender negar la evidencia de la pérdida de finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo (f. 14)»*, afirmando que *«aquí la falta de claridad se vuelve incongruente, pues a pesar de citarse la Directiva 2007/66 CE lo que no parece jurídicamente admisible es que la simple cita normativa sea motivo o razón suficiente para no atender la aplicación del resto del ordenamiento jurídico al supuesto concreto, en el sentido de que, para decidir sobre cualquiera justicia cautelar hay que hacer una ponderación o valoración circunstancia del caso concreto»*.
- d) Tras afirmar la singularidad del caso afirma que el TSJC *«manifiesta que el posicionamiento jurídico, tanto de la Generalitat de Cataluña como del OARCC resulta "verosímil"»* se afirma que *«antes esta hipotética y negada (pues la resolución del OARCC resulta jurídicamente claramente equivocada) "igualdad jurídica" entre las argumentaciones lo que conviene más con la lógica jurídica es la no alteración del "status quo" actualmente vigente, garantizando la prestación de un servicio público esencial... hasta que haya un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y sin que ello suponga perjuicio alguno para un eventual reconocimiento del posicionamiento del OARCC..."»*
- e) Se imputa después *«la falta de claridad y contradicción en la fundamentación de la decisión cuestionada... [por] el análisis parcial de la normativa europea que se cita, cuestionando que se atribuya exclusivamente imparcialidad al OARCC cuando esa misma cualidad es atribuible ex art. 103 CE a la Administración»*. Se imputa además como incongruencia interna la *«confusión del Auto del TSJC entre el carácter ejecutivo de los actos y este reiterado interés superior, que a su juicio defiende el OARCC»*..

Se dice al respecto que *«la Sala de instancia no interpreta correctamente el significado del carácter ejecutivo de las resoluciones del OARCC, manteniendo una querida indefinición para poder justificar una pretendida prevalencia del interés genérico que, según una mayoría de magistrados del TSJC, defiende el OARCC»*.

Frente a ello se alega que *«la ejecutividad (como característica de los actos administrativos)... no impide la posibilidad de la suspensión de sus resoluciones por parte de los órganos jurisdiccionales»*, refiriéndose a la posibilidad legal de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del OARCC.

- f) Tras afirmar que el Recurso especial en materia de contratación ha devenido potestativo, se afirma que *«la incorrecta motivación de la resolución impugnada también se verifica ante el argumento del TSJC, en base a la cita que efectúa del derecho comunitario, según la cual el OARCC debería ser especialmente protegido dado que nadie defiende específicamente sus resoluciones en sede jurisdiccional»* oponiendo a tal planteamiento la igualdad de armas en el proceso entre el OARCC y la Administración recurrente, lo contrario *«va en contra, directamente, del art. 24 de la Constitución»*.
- g) Se alude más adelante a los intereses económicos implicados en el caso, aludiendo al cumplimiento de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y al límite del déficit público de la *Generalitat* de Cataluña, tachando de incongruente el Auto de 16 de Julio de 2013, y en concreto su F.J. 4º, que considera realiza una serie de conjeturas que se hallan fuera de las las funciones jurisdiccionales, y *«en contra de toda la prueba pública aportada»*, destacando que *«no existe ningún tipo de valoración de toda la prueba pública aportada en la pieza de medidas cautelares»*. Se remite en oposición al Auto citado al voto particular para concluir afirmando que *«el razonamiento del TSJC deviene, en definitiva, una simple oposición que no alcanza ni el carácter de jurídica y, por ello mismo, no supone una motivación suficiente para decidir un incidente de medidas cautelares»*.

**CUARTO.-** La oposición de la Sociedad General de Aguas de Barcelona al motivo primero puede sintetizarse como sigue:

- a) Se comienza afirmando que el motivo no se refiere al Auto de 26 de marzo de 2013, sino al de 16 de Julio de 2013, ni incluye ningún motivo referido al primero, lo que se considera que no es coherente con el recurso de reposición previo a la casación, en el que el recurrente en ningún momento advirtió una falta de motivación o incongruencia alguna del Auto de 26 de marzo.
- b) Se tacha al motivo de casación de tergiversar continuamente los términos de la fundamentación del Auto de 17 de Julio, afirmando por contra que ésta es *«suficiente, coherente, razonable y responde a todas las cuestiones planteadas por la recurrente en reposición»*, diciendo que *«la crítica de la recurrente es una mera discrepancia con la motivación e incluye valoraciones inadmisibles de lo razonado por la Sala de instancia»*.
- c) Se afirma que *«la idea de la recurrente puede resumirse en que los Tribunales debieran mantener a ultranza la ejecutividad de un acuerdo de adjudicación de contrato público aun cuando haya sido anulado por el órgano específicamente previsto en el TRLCSP y en las Directivas de contratos para controlar la contratación pública»*.
- d) Se dice, saliendo al paso de la contradicción interna imputada al Auto, que *«no es contradictorio afirmar que las argumentaciones de las partes puedan ser verosímiles a efecto de su valoración en sentencia, una vez tramitado el proceso con todas sus garantías, pero no dadas por buenas en el marco de una pieza cautelar de suspensión»*.
- e) Se sale al paso del reproche del motivo al Auto de 16 de Julio de 2013 de no realizar ningún tipo de valoración de toda la prueba pública aportada *«siendo así que dicho Auto comienza por rechazar los documentos nuevos aportados en reposición por la actora... ya que el artículo 732 de la LEC [dispone] que la solicitud de medidas cautelares deberá ser acompañada de los documentos que la sustenten o de los medios de prueba correspondientes, y precluye en ese momento la posibilidad de presentar pruebas»*, destacando que *«en ningún*

*momento hace referencia el recurso de casación a ese precepto pese a que esté expresamente citado en el Auto que impugna».*

f) Se afirma, como conclusión sobre el primer motivo de casación, que *«es manifiestamente infundado y ha sido planteado en fraude de ley, con la única intención de obtener cobertura aparente mientras dure la tramitación del recurso, para la vulneración sistemática del ordenamiento que la recurrente sigue perpetrando pese a que le fué denegada la medida cautelar».* En esa misma línea se aduce que *«la cobertura que usa para esa actitud incumplidora es la pendencia de este recurso de casación... y para ello invocó la recurrente un motivo fundado en el art. 88.1.c) que ni siquiera exige incluir un juicio de relevancia»; y que «el recurso de casación ha sido interpuesto... para seguir desatendiendo lo resuelto por el órgano de recursos contractuales, con manifiesta infracción de las normas europeas y españolas aplicables a las garantías sobre contratación pública, como lo resuelto por el TSJ de Cataluña con infracción en este caso del art. 118 de la Constitución».*

**QUINTO.-** Dados los términos del debate respecto al primer motivo, se impone la desestimación de dicho motivo por las razones que pasamos a exponer.

Ante todo debemos comenzar indicando que nuestra jurisprudencia, coincidente con la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas sentencias de 17 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación nº 910/2005 , F.D. Segundo, citada en la antes referida Sentencia de 19 de febrero de 2014) viene sosteniendo de modo constante respecto al requisito de la congruencia de las sentencias, que se refiere a las pretensiones de las partes, y no a las alegaciones formuladas en su apoyo, (distinción sorprendentemente referida por el propio recurrente en el inicio del desarrollo argumental del motivo). Y en cuanto a la motivación, tenemos dicho que no impone la necesidad de un extenso desarrollo argumental, ni un examen exhaustivo de todas las alegaciones, sino que exige una expresión argumentada de la ratio decidendi y coherencia entre la misma y el fallo (en tal sentido Sentencia de 9 de abril de 2014 -Rec. cas. nº 765/2013- Fundamento de derecho Séptimo)

En primer lugar debe destacarse la falta de claridad del discurso de la recurrente, así como la falta de la exigible coherencia del mismo con el marco formal del motivo elegido, discurso en el que se mezclan planteamientos que podrían tener relación con dicho motivo, como los que hemos recogido en el apartado b) de la síntesis de dicho motivo que exponíamos en el Fundamento Tercero, y en parte en los del apartado g), con otros, sintetizados en el resto de los apartados de dicho dicho fundamento, en los que, al socaire del defecto de motivación, se hacen planteamientos que corresponden propiamente al fondo de la cuestión, concernientes a la corrección jurídica de la fundamentación de los autos que se impugnan, cuyo encuadramiento procesal, dado el riguroso formalismo de la casación, constantemente exigido en nuestra jurisprudencia, corresponde al motivo legal del art. 88.1.d) LJCA y no del 88.1.c).

Tal incorrecta mezcla de razones de impugnación propias de motivos legales diferentes viene sancionándose en nuestra jurisprudencia (por todas STS de 8 de octubre de 2014 -Rec. cas. 2458/2013- F.D. Sexto) con la desestimación de los motivos que incurran en ella; lo que en este caso es razón suficiente para desestimar el que nos ocupa; no obstante lo cual, en aras de una más plena satisfacción del derecho de tutela judicial efectiva, trataremos de agotar en lo pertinente el análisis de la concreta argumentación del motivo.

Al respecto no resulta aceptable en el momento actual la extremada tacha final que opone la recurrida al motivo de la actora, de incurrir en abuso de derecho y fraude de Ley e incluso de vulneración del art. 118 CE respecto al Auto recurrido.

Para tan grave imputación se parte en realidad de un presupuesto argumental de similar, e inaceptable, sentido al que, a efectos contrarios, la recurrente utiliza para fundar el motivo: anticipar implícitamente, como evidencia apreciable en este momento procesal, el sentido de la decisión de fondo que en su momento habrá de pronunciarse la sentencia sobre la

conformidad a derecho, o no, de la resolución impugnada. En este sentido, como imagen especular una de otra, mientras que la recurrente en su argumentación da por sentada la existencia de un error manifiesto de la resolución de la OARCC, la recurrida, al tachar al motivo de contrario de abuso de derecho y fraude de Ley, lo que hace, es dar por sentado que la impugnación de la referida resolución carece manifiestamente de fundamento. Tanto una como otra postura no pueden aceptarse en el estado procesal de un incidente de medidas cautelares.

Y en cuanto a la alegada vulneración del art. 118 CE respecto al Auto recurrido, carece por completo de base, al no ser dicho Auto en el momento en que se impugna una resolución firme.

Continuando, pues, con el análisis del motivo deberemos centrarnos en la argumentación antes aludida, que sintetizábamos en los apartados b y g del Fundamento de Derecho Tercero.

Respecto a la del primer apartado el planteamiento de la recurrente supone una clara distorsión de la argumentación del Auto impugnado a la que en concreto se refiere. La atenta lectura de ésta así lo evidencia.

La distorsión consiste en que el primero de los dos términos seleccionados de la argumentación del Auto, entre los que el motivo alega la existencia de la contradicción, el primero es una frase extraída de su contexto, y en la que además se cambia una de las palabras en la traducción, sustituyendo la palabra "*matizada*" del original ("*matizada*") por su incorrecta traducción como "*motivada*", con lo que se cambia el significado total de la frase. Además de ello, que de por sí es suficientemente grave en cuanto distorsión, la lectura del original de dicho contexto (Vid al respecto la transcripción expuesta en el Antecedente Segundo; aunque la redacción del texto sea gramaticalmente cuestionable) pone de manifiesto que se trata de una oración gramaticalmente compleja, que se enuncia en modo potencial, en cuya oración, como parte de la misma se integra la frase, siendo dicho modo potencial clave del sentido de la oración en que la frase se integra; mientras

que la parte expone la frase aislada, como si la misma frase fuese una afirmación completa en sí misma, enunciándola en un tiempo verbal de presente.

Tal modo distorsionador de razonar merece un rotundo rechazo.

La lectura de la argumentación auténtica del Auto pone de manifiesto que en dos pasajes distintos del mismo Fundamento de Derecho Tercero, referidos a la posición de cada una de las partes, se admite la verosimilitud de uno y otro planteamientos, y se razona que la decisión correspondiente solo podrá hacerse en la sentencia final de fondo, y no en el incidente de medidas cautelares. Un razonamiento tal es, no solo de incontrovertible coherencia lógica y jurídica, sino que además es el que corresponde jurídicamente al propio sentido institucional del incidente de medidas cautelares, en el que no se puede anticipar la decisión de fondo.

En cuanto al segundo de los planteamientos antes referidos, el sintetizado en el apartado g) del Fundamento de Derecho Tercero, lo único que tiene posible relación con el motivo del art. 88.1 c) LJCA, es la alegada incongruencia por la falta de contestación a las pruebas aportadas en el recurso de reposición contra el Auto inicial de 26 de marzo de 2013; pero tal incongruencia no existe desde el momento en que, con absoluta corrección jurídica, el Auto de 16 de Julio de 2013, en su Fundamento de Derecho Segundo, rechazó la posibilidad de que se aportasen los documentos y pruebas aportadas en dicho recurso, con precisa indicación para ello de preceptos legales, lo que la recurrente silencia en el motivo. En tales circunstancias la falta de exposición en el auto de la valoración de esas pruebas en modo alguno puede considerarse constitutivo de incongruencia.

En otro orden de cosas la referencia al carácter potestativo del recurso especial (que recogimos en el apartado f) del Fundamento de Derecho Tercero) carece de sentido, pues nada tiene que ver con las alegadas incongruencia y defecto de motivación, al margen de que tal carácter no priva

a la resolución dictada en él de toda la eficacia que la Ley le otorga.

El resto de las argumentaciones sintetizadas en nuestro Fundamento de Derecho Tercero es en realidad, como ya se ha anticipado, una crítica de fondo sobre la resolución impugnada en diferentes aspectos de la misma (crítica de la aplicación de la normativa comunitaria, de la posición jurídica del OARCC frente a la Administración autora de la resolución impugnada ante él, y de la primacía de los intereses económicos en contraste) que nada tiene que ver, desde la clave jurídica de la exigencia de motivación, ni con una falta o déficit de motivación, ni con la claridad y la exhaustividad de la respuesta posible en el Auto decisorio de unas medidas cautelares, sino, se insiste, con la conformidad a derecho, o no, de la fundamentación de los autos, lo que, como ya se dijo, no corresponde ni plantear, ni por tanto enjuiciar, en el marco del motivo del art. 88.1.c) LJCA.

**SEXTO.-** El desarrollo argumental del segundo motivo cuyo enunciado literal se transcribe en el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia, es, en lo esencial el que sigue:

- a) Se comienza haciendo una transcripción literal del párrafo del Fundamento de Derecho 3º del auto de 16 de Julio de 2013.

En ella (probablemente por error) al párrafo transcrito, que en su original termina con las palabras "*del recurso*", se añade "*supuesto que aquí se enjuicia reviste indudablemente apariencia de buen derecho*", frase esta añadida que no consta en el original del párrafo que se dice transcribir.

Se afirma a continuación que *«como muy acertadamente concluye el voto particular del magistrado ponente que quedó en minoría, el análisis de la apariencia de buen derecho que debió realizar el Tribunal a quo debió ser el contrario»*, transcribiendo la argumentación al respecto de dicho voto particular que se refiere a la interpretación del anexo 9 del pliego de condiciones.

- b) Se alega después que *«el Tribunal a quo no tuvo en consideración el error manifiesto de la Resolución del OARCC, al no darse cuenta de que todas las proposiciones de los licitadores excedían de los horizontes temporales fijados en el Anexo 9 del PCAP»*; y que *«el TSJC descarta la aplicación del principio de funus bonis iuris o apariencia del buen derecho alegado..., al considerar que no concurre la justificación de un error ostensible y manifiesto, dado que se plantea una cuestión de valoración de programa de ejecución de las obras que requeriría para su análisis entrar en el fondo del asunto con el fin de determinar el carácter vinculante u orientativo del anexo 9 del PCAP»*. Frente a ello se dice que *«estamos ante un error flagrante y manifiesto»*; que el OARCC *«altera el propio contenido del PCAP y decide que las previsiones, que reconoce que se han previsto con carácter orientativo (el anexo 9 del PCAP) pasan a ser vinculantes y es en mérito de ese cambio, que se fundamenta en su apreciación subjetiva del principio de equidad, que declaró excluido al licitador adjudicatario»*, afirmando respecto a esa aplicación del principio de equidad que *«choca frontalmente con los más elementales principios de seguridad jurídica, igualdad y no discriminación entre los licitadores, concurrencia competitiva interdicción y arbitrariedad consagrada en los arts. 14 y 9.3 de la CE»*.
- c) El resto de la argumentación del motivo relativa a la existencia del imputado error se desdobra en una doble vertiente:

La primera, referente al calendario del Plan de Obras; y la segunda, a la *«inexistencia de contradicción alguna en las actuaciones dadas por el órgano de contratación a los licitadores»*.

Respecto a la primera se afirma *«el error del OARCC al considerar vinculante el calendario del Plan de Obras del anexo 9 del PCAP aunque reconoce que el pliego de cláusulas establece su carácter orientativo»*. Al respecto se dice, aludiendo al *«informe técnico de valoración de las ofertas de 18-10-2012»*, referido en la fundamentación de la resolución impugnada, que ésta: *«hace una lectura torcida y parcial del informe que sobre la valoración de las ofertas técnicas constaba en el expediente de contratación»*. Tras ello se alude al contenido de ese informe, en cuya lectura íntegra, se dice, *«lo que se constata es, primero, que las dos agrupaciones respetan el plazo máximo de ejecución de 10 años y,*

*segundo, que con respecto a la distribución anual de las actuaciones, las dos agrupaciones han modificado la propuesta formulada en el anexo 9 del pleito».*

Se remite al análisis de las ofertas técnicas de las dos agrupaciones obrantes en el expediente de contratación y al *«informe técnico de la Agencia Catalana del Agua... [de] fecha 3-4-2013»*, presentado como documento público en la pieza de medidas cautelares, así como a lo recogido en el voto particular.

Sobre esa base se afirma, como conclusión del argumento inmediatamente precedente, que *«el error de la Resolución del OARCC resulta ostensible y manifiesto, de hecho escapa a cualquier lógica jurídica que se penalice a la agrupación de empresas encabezada por Acciona Agua, S.A. por el hecho de modificar el calendario (horizonte temporal superior al de referencia), mientras que, con respecto a la oferta presentada por la agrupación encabezada por SGAB (que también contiene modificaciones retrasando la distribución del horizonte de referencia), no aplica la misma consecuencia»*.

La segunda vertiente de la argumentación referida, en lo esencial, se inicia con la transcripción de un párrafo del Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 16 de Julio de 2013, y la referencia a la documental pública aportada, razonando tras ello que:

*«se debe insistir que la Administración licitadora [sic] no incurrió en ninguna contradicción cuando responde la aclaración formulada por SGAB en relación con el proyecto de explotación. Concretamente, cuando confirmó que el Programa de ejecución de obras que tenía que proponer el licitador permitía la adaptación del calendario propuesto, siempre que se respetase el orden y secuencia de las obras. Esta respuesta no es contradictoria sino que viene a confirmar el carácter orientativo de la calendarización de las obras. La errónea apreciación del TSJC radica en la diferencia entre el concepto de "calendario" y el "orden y secuencia".*

Se dice que

*«en el ámbito de la programación de obras, "orden y secuencia", tienen un significado muy preciso, que no es incompatible con poder alterar el calendario de las obras, sin alterar ni orden ni secuencia»; que «la orden y secuencia de las obras tiene su razón de ser en un ámbito de actuaciones que se realicen en un mismo emplazamiento donde no tendría sentido que primero se realizara una obra que, por sus características, ha de suceder a otra diferente. Pero ello no afecta a la calendarización de otras obras que no guardan relación con los primeras, ni funcional ni estructuralmente».*

En esa línea argumental se vuelve a aludir al informe técnico de 3 de abril de 2013 antes aludido, *«donde se explicitaba que cuando se habla de orden y secuencia, en materia de programación de obras, no se está nunca hablando de la totalidad de las obras, sino, única y exclusivamente de aquellas que guardan relación entre sí», reproduciendo párrafos seleccionados de ese informe.*

Se añade que *«ya se invocó que, en todo caso, correspondía a la Agencia Catalana del Agua, como organismo responsable del contrato, dadas sus facultades de control y supervisión como Administración Hidráulica de Cataluña, aprobar los proyectos y la programación correspondiente», siendo dicha Agencia «quien debe acabar decidiendo la prioridad de las obras y obligando al concesionario a hacerlas según los criterios que el organismo responsable del contrato imponga».*

Sobre la base de esa argumentación y con nueva referencia al informe de 3 de Abril de 2013, se afirma *«que la agrupación adjudicataria no modificaba ni el orden ni la secuencia sino únicamente el calendario de las obras, tal y como permitía el PCAP, pero siempre respetando el plazo máximo y obligatorio de las obras establecido dentro de los 10 primeros años del contrato» y que «el Auto de 16-7-2013, y ante la evidencia de lo deducido a partir de la prueba técnica aportada, solo se justifica en base a una verosimilitud del OARCC que no resulta razonable, tal como, por el contrario, se evidencia en el voto particular del magistrado ponente de las actuaciones, que llega a la convicción que por parte de mi representada se había acreditado suficientemente la apariencia de buen derecho en su postura».*

Se concluye alegando que *«la denegación de la medida cautelar decidida por el Tribunal a quo... infringe el artículo 728 de la LEC, por no apreciar la existencia de apariencia de buen derecho en la petición de suspensión formulada por la Generalitat de Cataluña».*

**SÉPTIMO.-** El desarrollo argumental de la oposición de la recurrida al segundo motivo del recurso se puede sintetizar en los términos que pasamos a exponer:

- a) Se comienza afirmando que el motivo *«motivo no contiene ni una sola alusión crítica específicamente referida al Auto de 26 de marzo de 2013, denegatorio de la solicitud de medida cautelar, sino que se refiere únicamente al de 16 de Julio de 2013 desestimatorio del recurso de reposición previo a la casación»*; que *«constituye una crítica del Auto de 16 de julio de 2013 por no haber aceptado el criterio de la recurrente referido al fumus boni iuris»*; y que *«recurso es inadmisibile en cuanto mera solicitud, no justificada, de que se case dicho Auto de 26 de marzo de 2013»*
  
- b) Se afirma después que *«El motivo es manifiestamente infundado: ni se ha vulnerado el artículo 728.2 LEC que invoca la recurrente, ni tampoco la jurisprudencia de esa Excm. Sala sobre la apariencia de buen derecho»*; aduciendo que *«la recurrente vulneró este precepto al presentar prueba, no con su escrito de solicitud de medida cautelar como exige el precepto, sino con su recurso de reposición. Así lo confirmó el Auto de 167.2013 sin que la recurrente lo critique por ese motivo»*; y que *«el recurso de casación no explica en qué habría vulnerado ese precepto el Auto que recurre»*.

Se pasa después a exponer el limitado criterio con que se maneja el concepto de apariencia de buen derecho en nuestra jurisprudencia, citando al respecto, con transcripción selectiva de los párrafos pertinentes, las Sentencias de 6 de noviembre de 2012 (Recurso de casación 5462/2011) , F.D. Cuarto; de 13 de febrero de 2014 (Recurso de casación 442/2013), F.D. Segundo; afirmando tras dicha cita que *«el Auto de 26 de marzo de 2013 por el que se desestimó la solicitud de suspensión es impecable al plasmar con total claridad cómo debe modularse la aplicación del "fumus boni iuris" en el presente caso»*; y se concluye a la vista de dicha doctrina *«resulta evidente que no puede la recurrente prevalerse de apariencia alguna de buen derecho: ni concurre en la Resolución 1/2013 del Órgano de recursos contractuales alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del art. 62 de la ley 30/1992, ni es dicha Resolución idéntica a otra anterior que haya sido jurisdiccionalmente anulada, ni*

*constituye un acto ejecutivo de disposición alguna que hubiera sido declarado nula»; que «la apariencia de buen derecho sólo puede invocarse a favor del acto administrativo recurrido, que fue adoptado por el órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido»; que «Lo que discute es únicamente la valoración de los hechos del caso concreto ya que, descartado que la controversia se refiera a cuestiones estrictamente jurídicas relativas a la aplicación del *fumus boni iuris* por la Sala de instancia, el recurso de casación se centra en sostener que concurre un "error manifiesto" en la Resolución administrativa que impugna en la Instancia»*

- c) Se pasa a continuación a censurar el planteamiento de contrario *«Sobre el supuesto "error patente" que, según la recurrente, debió haber sido apreciado por el Auto de 16.7.2013», según el cual, dice la recurrida, el «error habría consistido en estimar el recurso contractual de mi representada por vulneración de la igualdad al haber presentado el adjudicatario una oferta contraria a la obligatoriedad de la programación temporal de las obras», a lo que se opone que «aquella Resolución no incurrió en tal error patente, y, sobre todo, que en ningún caso podría apreciarse el mismo en el marco de la pieza cautelar, como con toda corrección ha apreciado la Sección 5 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia».*

Se afirma que la recurrente plantea *«una cuestión referida al fondo de su recurso contencioso-administrativo», sintetizando tal planteamiento contrario en los siguientes términos: «Lo que, en suma, defiende principalmente la recurrente en su escrito de interposición es que la Resolución administrativa, cuya suspensión le ha sido denegada mediante el Auto de 26 de marzo de 2013 recurrido en casación, se funda para estimar el recurso en considerar que la oferta de la adjudicataria vulneró la programación de las obras "que el anexo 9 del PCAP proponía con carácter orientativo" (párrafo central de la pág. 15 del escrito de interposición); y que ello constituye un error patente».*

A ese planteamiento se opone lo siguiente: *«La realidad es que, por disposición del art. 131.1.c).2 del TRLCSP aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011 (aplicable al caso, según el art. 133, por tratarse de un contrato de concesión con ejecución de obra), los pliegos del contrato debían establecer el "2 Plan de realización de las obras con indicación de las fechas previstas para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen". Al incluirse este plan con su calendario preciso en la documentación relativa al proyecto económico financiero, documentación que se había declarada orientativa y no contractual a los efectos de que el incumplimiento de sus previsiones económicas no pudiera dar lugar al reequilibrio financiero del contrato, uno*

*de los licitadores solicitó aclaración al respecto, preguntando específicamente sobre si las ofertas técnicas debían respetar en todo caso el orden y secuencia de las obras establecido en el proyecto de explotación (anexo 9 del Pliego de prescripciones administrativas particulares). La cuestión era de suma relevancia porque la importancia de las inversiones exigía concretar si las mismas podían o no retrasarse respecto de los plazos previstos en aquel documento».*

*A lo que añade que «la respuesta ofrecida con carácter vinculante por el órgano de contratación figura al folio 283 vuelto de las actuaciones; contestó que sí»; y que «confirmaba que los licitadores debían elaborar sus ofertas técnicas respetando en todo caso el orden y secuencia de las obras según había sido establecido en el plan de explotación del Anexo 9, no obstante mantenerse a efectos de la elaboración de las ofertas económicas el carácter meramente indicativo de dicho plan de explotación».*

#### **La argumentación continua en los siguientes términos:**

*«La programación de las obras, que constituían el objeto del contrato, un objeto que había de ser cierto, no podía ofrecerse a los licitadores a título meramente orientativo. Pues, como declara la propia Resolución del órgano de recursos contractuales, "en la interpretación de los pliegos no pueden alcanzarse conclusiones que choquen con la aplicación de los principios propios de la contratación pública, con la igualdad, la transparencia y la concurrencia competitiva" (final de la pág. 11). Tales principios son los que entendió que había vulnerado la Administración contratante al adjudicar el contrato a un licitador que, según el informe técnico de valoración de ofertas, había situado algunas actuaciones en un horizonte temporal superior al de referencia, incumpliendo la programación establecida. Tras recordar las normas aplicables y la Jurisprudencia del TJCE, hace notar la Resolución (penúltimo párrafo de la página 14), que el hecho de demorar unas obras constituye una variante que influye en la tarifa que aplicará la empresa concesionaria; y que aceptar que el límite de referencia no es vinculante haría imposible comparar dos proposiciones que afectan a la tarifa. Pero además (añade para terminar la argumentación en la pág. 14), la admisión del aplazamiento de las obras por una de las licitadoras conduciría a comparar ofertas sobre objetos distintos, lo cual constituye una evidente contravención, tanto del TRLCSP como de sus principios expresados en el f.j. 5º de la Resolución.»*

Se afirma después que: *«que la recurrente manipula la fundamentación de la Resolución del órgano de recursos contractuales para tratar de inducir a la Sala a que vea en ella un error "patente"».*

Tras ello se entra en un debate casuístico acerca de lo que se dice en el Fundamento 2º del auto de 26 de marzo de 2013, que denegó la medida, así como después el de 16 de julio de 2013 y lo que en relación con lo argumentado en dichos autos sostiene la recurrente, saliendo al paso también de lo que sobre el particular razonaba el voto particular del magistrado discrepante.

d) Se argumenta después en contra de las *«apreciaciones de la recurrente referidas a la oferta presentada por la SGAB»*, cuando *«afirma (pág. 35, y lo reitera en la 36) que las dos agrupaciones licitadoras habían modificado la propuesta del Anexo 9 de pliego»*, respecto de lo que dice que: *«no es cierto: la oferta de la SGAB se atuvo a la aclaración ofrecida con carácter vinculante por el órgano de contratación. En todo caso, lo que hiciera mi representaba [sic] era irrelevante a los efectos de comprobar si se ajustó a Derecho la adjudicación del contrato a la otra agrupación licitadora»*.

e) Finalmente se rechaza *«La invocación de informes aportados extemporáneamente a la solicitud de suspensión (pues fueron aportados con el recurso de reposición previo al de casación)»*, destacando que son *«todos ellos de fecha posterior a la del Auto de 26.3.2012 que se recurría en reposición y ahora también en casación»*; y que ya el auto de 16 de Julio de 2013 declaró que *«no podía la recurrente en reposición aportar ya prueba alguna»*, lo que la recurrente no critica en la casación.

**OCTAVO.-** Analizadas las contrapuestas argumentaciones en torno al segundo motivo del recurso, se impone la desestimación de este por las razones que siguen:

- a) En primer lugar debe observarse que el precepto legal, cuya infracción denuncia el motivo, contiene una exigencia referida al solicitante de la medida, y no directamente un criterio de decisión que deba ser determinante para el Tribunal, lo que solo puede deducirse de dicho precepto como contenido implícito del mismo.

Sobre esa base, para que el referido precepto deba aplicarse en la Jurisdicción contencioso-administrativa, como introductor de un criterio de decisión del Tribunal en el incidente de medidas cautelares, no previsto en la LJCA, habría de acudir a la supletoriedad de la LEC, ex Art. 4 de la primera y Disposición Final de la última.

Y para ello la primera cuestión a plantear, sería la de si ante la falta del criterio explícito que nos ocupa en la LJCA, puede darse por sentada la existencia de una laguna en ésta, que por vía de supletoriedad determine la aplicabilidad del criterio deducible del art. 728.2 LEC. Cuestión sumamente problemática habida cuenta de la diferencia de regulación de las medidas cautelares en uno y otro texto legal.

Pero en todo caso, y aun superando a los solos efectos dialécticos el problematismo de tal hipotética laguna, debe resaltarse el dato de que uno de los elementos del art. 728.2 LEC es el contenido en la frase "*sin prejuzgar el fondo del asunto*", que, en definitiva, es reflejo de una exigencia igual de nuestra jurisprudencia, contencioso-administrativa, y lo que a la postre nos resitúa en los propios elementos de nuestra jurisprudencia.

Debemos afirmar, como remate de este planteamiento inicial, que la aplicabilidad o no del criterio de la apariencia de buen derecho, en el orden contencioso-administrativo, no puede asentarse sobre la problemática base legal del art. 728.2 LEC, sino sobre la de la aplicabilidad de un criterio jurisprudencial de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que en lo esencial coincide en sus exigencias con las del

precepto legal. A lo que debe añadirse, avanzando un paso más, que, a la vista de lo dispuesto en el art. 130.1 de la LJCA en el que, la clave de la ordenación se sitúa en la limitación expresada en la expresión legal *«únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»*, el criterio de apariencia de buen derecho no tiene cabida como criterio alternativo al de la limitativa regulación legal, de modo que tal apariencia por sí sola pudiera justificar la adopción de la medida, (que es, en realidad, como implícitamente se da por sentado en el planteamiento de la recurrente), sino, en su caso, como uno más de los elementos a ponderar por el órgano jurisdiccional en la *«valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»*, que el propio Art. 130.1 LJCA ordena como exigencia instrumental en relación con la clave esencial a que antes nos referimos.

- 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. 1340/2013- F.D. Cuarto, STS de 24 de Abril de 2014 -Rec. cas. 1351/2013- F.D. Tercero), pues el caso actual no entra en ninguno de los supuestos en que la misma permite su aplicación.

- c) El planteamiento de la recurrente se basa en la existencia de un error manifiesto de la resolución recurrida; y para evidenciarlo se expone un largo discurso crítico de los razonamientos de los Autos que no es sino el propio planteamiento de la cuestión de fondo a decidir en el proceso. Tal planteamiento no puede resolverse en un incidente de medidas cautelares, sino en la sentencia, como con total acierto se ha dicho en los Autos recurridos, cuyo razonamiento al respecto no se desvirtúa en el motivo. La propia extensión de los razonamientos del motivo no abona precisamente la afirmación del carácter manifiesto del imputado error, siendo como es, el itinerario lógico para poder llegar a constatar la existencia del error alegado tan complejo como el que se contiene en el discurso de la parte, que además exige la constatación de elementos documentales asimismo complejos.
- d) Aunque lo expuesto hasta aquí baste por sí solo para la desestimación del motivo, no está de más analizar de forma más concreta la crítica de los Autos contenida en el motivo.

Al respecto, y aún sin poder aceptar el grave reproche de la recurrida de que *«la recurrente manipula la fundamentación de la Resolución del órgano de recursos contractuales para tratar de inducir a la Sala a que vea en ella un error "patente"»* sí puede apreciarse una diferencia entre la fundamentación de los Autos, y la que, como tal, toma la recurrente para censurarla.

En primer lugar, uno de los elementos del pretendido error que se imputa a los Autos tiene que ver con las alegadas alteraciones del horizonte temporal de referencia del proyecto de las obras que la recurrente imputa a SGAB, en abono de cuya alegación se refiere a la prueba aportada en el recurso de reposición. Sobre el particular hay que decir que los Autos recurridos no se han pronunciado sobre la oferta de SGAB, y que por tanto toda referencia a ésta se sitúa al margen de la fundamentación de los Autos, y resulta inoperante para la imputación del error.

Ello aparte, para justificar ese contenido de su crítica, el motivo acude a pruebas presentadas en el recurso de reposición contra el Auto de 26 de marzo de 2013, que el Auto de 16 de Julio de 2013 declaró inadmisibles con total corrección jurídica, como ya se ha razonado más detrás.

Y en segundo lugar en la censura del Auto de 16 de Julio de 2013 se selecciona un párrafo del mismo, aislado de su contexto, que en él no tiene el mismo sentido que se le atribuye en el motivo. Sobre esa base se razona acerca de la *«inexistencia de contradicción alguna en las aclaraciones dadas por el órgano de contratación a los licitadores: "Calendarización" y "Orden y Secuencia" [que] son dos temas [sic] diferentes y compatibles entre sí»*, introduciendo con ello un elemento cuya relación con la fundamentación de dicho auto no se alcanza a comprender.

Y ello, insistiendo de nuevo en pruebas aportadas en el recurso de reposición que ya se dijo que no podían ser objeto de consideración.

Ha de afirmarse por tanto que la argumentación referida carece de virtualidad para justificar la existencia del error evidente y manifiesto imputado a los Autos.

**NOVENO.-** El extenso desarrollo argumental del motivo tercero, cuyo enunciado quedó transcrito en el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia (infracción de los arts. 129.1 y 130.1 LJCA) puede sintetizarse en los términos que pasamos a detallar:

- a) Se comienza alegando *«la prevalencia del interés público asociado a la necesidad de dar cumplimiento al mandato parlamentario contenido en la ley catalana 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa (concretamente, la Disposición Adicional Primera)», que «estableció la prestación indirecta del servicio de abastecimiento mediante la red de abastecimiento Ter-Llobregat indicando que*

*correspondía al departamento al que estaba adscrito el Ente Público de Abastecimiento de Agua la licitación y adjudicación de los contratos administrativos correspondientes».*

La licitación cuestionada daba cumplimiento a esa Disposición Adicional, y en tal licitación *«existe un claro interés público»*, siendo la adjudicación cuestionada *«la culminación de este proceso que, en caso de no suspenderse la Resolución del OARCC impugnada, se vería afectado de forma, seguramente, irreversible»*; por lo que *«La voluntad del Parlamento de Cataluña quedaría anulada por la Resolución del OARCC»*.

Se dice que puesto que *«la resolución del OARCC fue notificada a la Administración licitadora con posterioridad a la fecha de formalización del contrato, cuando ya había entrado en vigor un Nuevo sistema gestor (con extinción de la entidad pública que prestaba el servicio anteriormente) y una vez transcurrido también el plazo que disponía según la normativa contractual (5 días hábiles, según el art. 47.1 del TRLCSP) para emitir resolución sobre el REMC»*, y dado *«que el contrato ya fue formalizado con anterioridad a que la OARCC dictase su resolución 1/2013 (hoy todavía pendiente de su revisión por parte del TSJC), parece patente la necesidad de mantener los efectos de este contrato en aras a proteger el interés público, teniendo en consideración que la ejecución de la Resolución impugnada puede suponer un ítem procedimental complejo, no solo por la envergadura de su objeto, sino también por la afectación no sólo para la Generalitat de Cataluña y para los usuarios del servicio sino también de la preceptiva intervención de otros organismos (como, por ejemplo, del Grupo de Trabajo de Contabilidad Nacional, formado por INE BdE y la IGAE, o la Comisión Nacional de la Competencia)»*.

Se insiste en la afirmación de que el interés público exige en ese caso que el contrato ya formalizado *«se mantenga en todos sus términos hasta poder disponer de una sentencia del Tribunal a quo que se pronuncie sobre la adecuación a Derecho de la Resolución 1/2013 del OARCC, teniendo presente el error evidente en que incurrió dicha Resolución»*; y que *«en el presente supuesto nos encontramos que si se adoptase la medida cautelar de suspensión, el contrato se podría seguir ejecutando (como viene sucediendo, ininterrumpidamente, desde el pasado 1.1.2013) y el nuevo sistema de prestación indirecta del servicio de abastecimiento de agua continuaría sin que ningún interés de tercero se viese realmente afectado; mientras que, si no se adopta, nada hace prever que se pueda disponer con seguridad de una segunda oferta y, si así fuera, tampoco se puede ni*

*conocer el tiempo necesario hasta poder formalizar un nuevo el contrato y bajo qué condiciones».*

- b) A partir de ahí se inicia una impugnación concreta de la argumentación del Tribunal Superior de Justicia a lo largo de los folios sucesivos [luego ampliada] con referencia a aspectos concretos.

En esta parte inicial de la crítica se sale al paso de las referencias del Auto de 16 de julio de 2013 a la existencia de otro licitador, afirmando respecto de este que, de aplicar el criterio recogido en la Resolución del OARCC, la oferta de dicho licitador *«también incumplía el PCAT y, en consecuencia, ya solo por ello, no podría substituir al adjudicatario inicial»*, habría que declarar desierta la licitación, *«Los perjuicios, en tal caso, serían de imposible reparación y el recurso contencioso administrativo, caso de prosperar, habría perdido su finalidad legítima»*. Se añade que *«en el esperable supuesto que una sentencia sobre el fondo estimara las pretensiones de esta parte implicaría un gasto para la Hacienda Pública de magnitudes extraordinarias, entre otras razones, por la indemnización para aquella entidad que dejara de ser adjudicataria»*; y que en las circunstancias económicas actuales, contra lo que dice el Auto de 16 de Julio de 2013 *«es un supuesto bien claro de lo que cabe considerar como un perjuicio de difícil o imposible reparación»*; que *«el único licitador que sí tiene unos derechos adquiridos es la adjudicataria, mientras que ningún otro licitador tiene derecho adquirido alguno en relación con este contrato»*; y que *«Por lo tanto, parece más coherente y más conforme con los intereses públicos, mantener el contrato ya adjudicado y formalizado, y que se lleva ejecutando sin problemas, en contra de tener que resolverlo y buscar a un segundo adjudicador, a través de una nueva licitación, teniendo presente las dificultades de poder disponer efectivamente de un segundo licitador. Si no se hace así, existe un riesgo elevado de no poder dar cumplimiento a una posible sentencia estimatoria que en su día se pudiera dictar»*.

Se afirma que *«el Auto de 16.7.2013, simplemente, hace un errático análisis contrario al resultado de toda la documental pública aportada para justificar la concurrencia de los perjuicios que se podrían derivar de la no suspensión de la Resolución impugnada»*, transcribiendo los párrafos finales del Fundamento de Derecho 4º de ese Auto (aunque prescindiendo esa transcripción del párrafo que inmediatamente sigue al primero de los transcritos),

tachando a los razonamientos transcritos de contrarios a los Art. 129.1 y 130.1 LJCA, *«que, para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, exige que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y que se valoren los perjuicios en conflicto. En el presente supuesto, entendemos evidenciado uno y otro requisito, la no suspensión haría perder su finalidad legítima al recurso formulado por mi representada contra la Resolución del OARCC y, además, los perjuicios que provocaría la ejecución inmediata de la Resolución del OARCC son de una magnitud y envergadura que no sólo afectarían a la Generalitat de Cataluña, sino, también al Estado español, a la población afectada por la prestación del servicio, a los trabajadores que prestan el servicio y a la agrupación de empresas que resultaron adjudicatarias del contrato»*.

En apoyo de la tesis se trae a colación el voto particular del magistrado ponente que quedó en minoría, transcribe los apartados 3 y 4 del voto, insistiendo en que *«los argumentos expuestos para justificar la medida cautelar interesada por esta representación, junto con la documentación pública aportada, ponen de manifiesto, a juicio de esta representación y del magistrado que suscribió voto particular, que, efectuada la ponderación de los intereses en conflicto que impone la LJCA, en el único y exclusivo extremo relativo a los efectos de la ejecución de la resolución impugnada sobre la prestación de un servicio público, que, como el propio TSJC reconoció, es primordial, al referirse al abastecimiento de aguas a la mayoría de la población catalana, el interés más necesitado de protección es aquí el representado por la Generalitat de Cataluña, por encima del OARCC y, por supuesto, del licitador no adjudicatario»*.

- c) En la línea con la argumentación antes sintetizada se dice que aunque se negase el juego de la recurrente del *fumus bonis iuris* *«hubiera sido necesario, de todos modos, que el TSJC hubiera pasado a valorar los requisitos expresamente recogidos en los arts. 129.1 y 130.1 de la LJCA, es decir, la pérdida de la finalidad legítima del recurso y la perturbación grave de los intereses generales»*; y se da un nuevo paso respecto a la interpretación jurisprudencial del art. 130.1 LJCA, en el sentido de que, según dice la recurrente *«se trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento, lo que de este modo se constituye como premisa imprescindible para que pueda acordarse la medida cautelar»*. Se afirma además, con alusión a esa referida jurisprudencia,

que «para la decisión en orden al otorgamiento de la tutela cautelar solicitada, junto a la necesidad de preservar el efecto útil del acceso a la jurisdicción, también deben valorarse en cada caso todos los intereses en conflicto, tal como el grado de intensidad de la exigencia de ejecución que el interés público presenta en relación con los perjuicios que puedan ocasionarse de no proceder a su suspensión, e, incluso, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio, la propia bondad del derecho ejercitado a los únicos efectos de la medida provisional»; y que «para el juicio de ponderación entre la preservación del efecto de utilidad del proceso jurisdiccional que se pretende con la medida cautelar y los perjuicios que en otro caso se producirían en el recurrente, también opera la intensidad de la exigencia de ejecución que el interés público presenta, pues de ser éste tenue bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión demandada; mientras que, en segundo término, no resulta procedente en este trámite efectuar el enjuiciamiento que es propio de la sentencia que finalice el proceso tras la práctica de la prueba pertinente y la completa contradicción de las partes procesales».

De esas consideraciones genéricas alusivas vagamente (no se citan sentencias en concreto en las que pueda encontrarse una relación discernible con los intereses en juego en el caso actual) se vuelve a la crítica de los autos cuestionados, afirmando que «A la vista de la concurrencia de todos los anteriores requisitos, jurisprudencialmente exigidos, procedía adoptar la medida cautelar de suspensión interesada, dado que, por otra parte, mantener el status quo, no imposibilita que llegado el negado supuesto de una sentencia confirmatoria de la Resolución del OARCC esta podría ser ejecutada. No haciéndolo así, el TSJC ha vulnerado la normativa invocada, y la jurisprudencia aplicable, reguladora de la llamada justicia cautelar. Además, puede añadirse, en el mismo sentido, que una sentencia sobre el fondo del asunto no tendría que demorarse demasiado en el tiempo, circunstancia que abona también, el mantenimiento del status quo es aquello más razonable, valorando, específicamente, la perspectiva de los intereses generales en juego que pueden resultar perjudicados» reiterando en realidad afirmaciones anteriores de que sus alegaciones y pruebas en el incidente de medidas cautelares así como la argumentación del voto particular habían justificado la concurrencia de los requisitos jurisprudencialmente exigibles para la aplicación del art. 130.1 LJCA, cerrando esa parte de la argumentación en los siguientes términos que sirven de pórtico a las ulteriores argumentaciones:

*«se puede concluir, de mayor a menor, los siguientes perjuicios a los intereses públicos o de terceros que justificarían, en todo caso, la procedencia de lo interesado por mi representada, es decir, la suspensión de la Resolución 1/2013 del OARCC hasta que se dicte sentencia sobre el fondo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la misma: perturbaciones macroeconómicas y microeconómicas para la Hacienda Pública y perjuicios para los usuarios del servicio, para la Administración licitadora al tener que declarar desierta la licitación y, finalmente, también para los trabajadores»*

- d) Después de la argumentación que hemos sintetizado en los apartados precedentes el motivo se estructura en apartados diferenciados alusivos a los perjuicios de los intereses públicos o de terceros.

El primero de dichos apartados se refiere a la *«grave perturbación para la Hacienda pública de la Generalitat y a la de la Economía catalana y española»*.

Se inicia la argumentación del apartado, afirmando en contra de los razonamientos del Auto recurrido que *«resulta una afirmación sin sentido que se diga que tanto en el caso que la adjudicación recayese en la otra agrupación licitadora o bien se volviera a licitar de nuevo el servicio, el nuevo adjudicatario asumiría la retribución correspondiente y, en consecuencia, el déficit se mantendría en los mismos términos actuales. Esta consideración, con respeto y en término de defensa, es una falacia, puesto que, en el negado supuesto que, finalmente, se confirmase la resolución del OARCC, nada volvería a ser igual, generándose un nivel de incertidumbre, nunca bueno para la economía, pero que afectaría, además, directamente, a cualquier solución contractual que buscarse mi representada para una concesión administrativa relacionada con el subministro del agua en alta»*

Se opone a tal consideración que la posibilidad afirmada de la adjudicación a la otra licitadora *«es de imposible cumplimiento, dado que esta agrupación de empresas, según ha quedado demostrado anteriormente, también incurría en la misma "vulneración del PCAP" que el OARCC considero suficiente para excluir de la licitación a la agrupación inicialmente adjudicataria»*.

Se resalta la magnitud del déficit para la Hacienda Pública resultante de un ajuste negativo del mismo que lo elevaría en un -0'51%, respecto a las previsiones de los presupuestos, situándolo en un -2'46%

lo que *«implicaría una nueva cifra de déficit que supondría la vulneración del objetivo fijado para el ejercicio 2012 para las Comunidades Autónomas del 1'5%, con las posibles consecuencias correctoras y coercitivas previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, entre las cuales destaca el aumento del importe de las medidas a incluir en el plan de ajuste de la Comunidad Autónoma de Cataluña para evaluar la condicionalidad fiscal del mecanismo de apoyo a la liquidez de las comunidades autónomas».*

Por la fijación de esas cifras se aduce en especial el informe de 3 de abril de 2013, aportado en el recurso de reposición contra el Auto inicial de 26 de marzo de 2013.

*«Hay que incidir, frente a su alegación en el Auto recurrida, en el hecho de que los intereses económicos a que hace referencia la normativa europea, en relación a que no se consideran que son razones imperiosas de interés general aquéllos relacionados con el contrato en sí mismo. Pero, en cambio, aquí todos los perjuicios que mi representada ha alegado y justificado en la pieza de medidas cautelares tienen relación directa con los intereses públicos y la Hacienda Pública de la propia Generalitat de Cataluña. No se pueden situar, por lo tanto, al mismo nivel, los unos que los otros»*

Frente a la argumentación del Auto de 16 de julio de 2013, que saliendo al paso de la argumentación relativa al alegado déficit, se refiere a la necesaria elaboración de *«un plan económico financiero, que tendría que prever medidas de equilibrio, a partir de una disminución en el gasto o la generación de ingresos adicionales»*, se aduce que, *«aunque esta sería la vía procedimental a utilizar, otra cuestión muy diferente es la posibilidad real de redactar ese plan, la cual es casi inexistente en orden a la falta de margen de maniobra para reducir el gasto público, dado que, como es público y notorio, todas las Comunidades Autónomas, y, en especial, la Generalitat de Cataluña, llevan dos ejercicios presupuestarios con medidas de ajuste»; y que «esta reducción adicional se tendría que efectuar en la ya prevista para el 2013 y la que en función del objetivo de déficit que se fije, correspondería para el 2014»*

Se afirma que *«el impacto que tendría, para la economía de la Generalitat de Cataluña, con ocasión de la ejecución de la Resolución del OARCC se tiene que cifrar en 995.506.100-€, importe de la adjudicación, y no exclusivamente en los 298.651.830-€ actualmente abonados por el adjudicatario»; y que tal impacto es de «naturaleza*

*claramente macroeconómica, es decir, afecta a la economía nacional, y es la cifra por la cual la Intervención General de la Administración del Estado ha contabilizado la reducción del déficit»; y «Al mismo tiempo, y este es el segundo impacto, referido a la tesorería, se tendrían que devolver los 298 millones de euros, más las indemnizaciones derivadas del propio pliego, a la adjudicataria que viera resuelto su contrato, esta es igualmente una cuestión también de naturaleza macroeconómica, como muy adecuadamente señala el voto particular, y que afecta no ya al déficit sino a la tesorería de la Generalitat de Cataluña».*

Se razona por último sobre los efectos de la desconsolidación del déficit de 2012 en los presupuesto de los años ulteriores, con las eventuales consecuencias del exceso de déficit tanto para la *Generalitat* de Cataluña como para el Estado español respecto de sus obligaciones con la Unión Europea, el escaso margen de maniobra de la *Generalitat*, dado el porcentaje de gastos fijos en sus presupuestos, que fija en 93% del gasto, y los obligados nuevos ajustes para los ejercicios 2013 y 2014, concluyendo que *«Todo el anterior escenario, tanto a nivel microeconómico como macroeconómico, debería haber sido suficiente, tal como se reconoce en el voto particular, para adoptar una medida cautelar de suspensión, pues con ello, ningún perjuicio no reparable podía ser afectado».*

El segundo de los apartados se refiere a la *«2. Perjuicios derivados del incremento de la tarifa»*, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no consideró acreditado, y que consideró en todo caso económicamente poco relevante, afirmando en oposición que *«la diferencia de tarifa es un dato objetivo que ha quedado demostrado en todo momento con la aplicación de las fórmulas aritméticas que el Pliego establece incorporando las tarifas propuestas por las dos agrupaciones licitadoras. Por tanto, quedó sobradamente demostrado con la comparativa de las tarifas propuestas por las dos licitadoras y el resultado de aplicar las fórmulas aritméticas que el Pliego proponía para valorar la proposición económica de las licitadoras. Estos cálculos vienen recogidos en las actas de la Mesa de contratación que también consta en el expediente (página 661 del expediente de contratación)»; y que «la tarifa media presentada por la agrupación de empresas encabezada por Acciona Agua, SA, era inferior a la presentada por la agrupación de empresas encabezada por SGAB. Además, la tarifa media que esta agrupación, liderada por Acciona Agua, SA, proponía se alcanzará en el 2015, es decir, durante este tiempo el incremento de la tarifa se alcanzará gradualmente, mientras que la agrupación liderada*

*por SGAB implementa la nueva tarifa ya al inicio del contrato»; por lo que el diferencial de la tarifa, si se adjudicase el servicio a SGAB, en vez de la a la adjudicataria actual, debería ser sufragado por los usuarios domésticos e industriales de Cataluña conectados a la red, y en caso de que la Comisión de Precios de Cataluña no aceptase el incremento de la tarifa «porque tiene como antecedente un caso donde, con un precio de tarifa inferior, se estaba ofreciendo el mismo servicio de abastecimiento de agua», «resultaría que la diferencia entre la tarifa aprobada por la Comisión de Precios y aquella pedida por la empresa adjudicataria habría de ser asumida con cargo a los presupuestos de la Generalitat de Catalunya.».*

El apartado 3 se refiere *«3. Perjuicios para tener que declarar desierta la licitación».*

Se inicia la argumentación diciendo que *«En la valoración de los perjuicios derivados de la ejecución de la resolución del OARCC, el Tribunal a quo tampoco consideró esta circunstancia pues siempre partió de su consideración que podría resultar adjudicatario el otro licitador».* A ello se opone que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 103 TRLCSP *«podría suceder perfectamente que, por las razones que fueran (como podría ser falta de financiación de los mercados), la agrupación liderada por SGAB decidiera retirar su oferta».* Se reitera una vez más que también habría de excluirse de la licitación a SGAB por la misma razón que a la actual adjudicataria, por lo que *«la Administración tendría que declarar desierta la licitación pública, al amparo del artículo 151.3 in fine del TRLCSP»*, a sensu contrario, trayendo a colación de nuevo, para justificar ese incumplimiento, el informe de 3 de abril de 2013 aportado en el recurso de reposición.

Se afirma que *«en el caso hipotético de tener que adjudicar a la agrupación de empresas encabezada por SGAB, lo primero que hay que poner de manifiesto es que SGAB también tiene que disponer de la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia con carácter previo a la formalización de un hipotético nuevo contrato; autorización que no sería automática dada su situación de empresa prestamista del servicio en baja que podría llegar a tener el monopolio sobre el abastecimiento en alta y el abastecimiento en baja con respecto al ámbito Ter-Llobregat».*

*Por lo tanto, la agrupación de empresas encabezada por SGAB tampoco podría ser adjudicataria, lo que comporta tener que declarar desierta la licitación establecida, con todos los perjuicios que ello comporta para los intereses generales».*

Y se concluye finalmente en referencia a un posible nuevo procedimiento de licitación, si se declarase desierto el anterior, *«la consecuencia absurda a que se podría llegar si con la nueva licitación se tuviera un nuevo adjudicatario que, dentro de unos meses (según el cálculo de resolución del asunto que realizó el TSJC), tuviera que dejar de prestar el servicio porque una sentencia favorable a los intereses de esta Administración anulase la resolución del OARCC. Es difícil creer que esta situación de doble adjudicatario no crearía ningún perjuicio para los intereses públicos. Una situación como la descrita (dos adjudicatarios para un mismo servicio) únicamente corrobora que la no adopción de la medida cautelar solicitada sí haría perder la finalidad legítima al recurso interpuesto por la Generalitat».*

El apartado 4, con el que se cierra el motivo se refiere a *«4. Perjuicios que afectarían al personal de la extinta ATLL».*

Se razona que mientras que la empresa adjudicataria, mejorando el plazo obligatorio fijado en el Pliego (20 meses), se comprometió a mantener el personal durante todo el tiempo de duración del contrato de concesión del servicio (50 años), *«En caso de que no se suspendiera la resolución del OARCC, todo este personal pasaría de nuevo a depender de ATLL (empresa pública con posibilidades de despidos) o de la segunda oferta económicamente más ventajosa que únicamente propuso mantener al personal durante el plazo de 40 meses. Por lo tanto, en ningún caso gozarán de la misma garantía de mantenimiento de su puesto de trabajo» de donde se extrae que «con respecto al personal al servicio -hoy por hoy- de la adjudicataria que viene prestando el servicio des del 1.1.2013, es evidente que, si no se suspende la resolución del OARCC, el recurso perdería su finalidad legítima y, además, los perjuicios serían irreparables».*

Se cierra el motivo afirmando que *«al concurrir periculum in mora, y dados los perjuicios que para el interés público se producirían de ejecutarse la Resolución impugnada del OARCC, consideramos que los Autos que se recurren en casación vulneran los arts. 129.1 y 130.1 de la LJCA y por ello deben ser casados por este Tribunal, declarándose que ha lugar a la medida cautelar de suspensión solicitada por la Generalitat de Catalunya».*

**DÉCIMO.**-La síntesis del desarrollo argumental de la oposición de SGAB al motivo tercero del recurso es la que sigue:

a) Se comienza con un primer apartado en el que se hace un planteamiento alusivo a los *«1. Defectos formales del motivo de casación»*, que, en esencia, se centran en la falta de precisión al invocar conjuntamente la infracción de los arts. 129.1 y 130.1 LJCA, sin concretar en que consisten las infracciones, afirmando que *«no puede un recurso de casación remitirse a "todo lo acreditado en la tramitación de la instancia", sino que es preciso que la parte recurrente haga el esfuerzo de explicar con claridad por qué considera que la resolución judicial que recurre es contraria a Derecho»*, y llamando la atención sobre las profusas y constantes repeticiones y sobre la referencia a pruebas que ya se habían declarado inadmisibles en el Auto de 16 de julio de 2013.

b) Un segundo apartado lleva el siguiente enunciado: *«2. El interés público prevalente: frente a la alegada voluntad del legislador catalán —que habría en todo caso de completarse con la manifestada en la Ley que creó el órgano de recursos contractuales—, es preciso atenerse a la del legislador comunitario europeo, cuyas disposiciones sobre recursos contractuales, además de haber sido correctamente incorporadas al ordenamiento español, incluido el ordenamiento catalán, son suficientemente precisas como para poder ser directamente invocadas ante los tribunales de justicia, pudiendo su vulneración dar lugar a responsabilidad»*.

La argumentación desarrollada en ese apartado se opone a la del motivo alusivo al *«interés público consistente en o contrariar la voluntad del Parlamento de Cataluña... manifestada en la Ley catalana 10/2011»*.

Frente a esta se aduce lo que supone el acto del OARCC de cumplimiento de una serie de previsiones normativas que comienza con la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 2007/66/CE ("Directiva de Recursos"), el artículo 41.3 del TRLCSP, y culmina en la Disposición Adicional cuarta de la Ley catalana 7/2011, de 27 de julio ,

modificada por la Ley 5/2012, que creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña.

Sobre esa base se afirma que *«El autor del acto administrativo impugnado por la Generalitat de Cataluña en el procedimiento de origen de su recurso de casación es, en suma, un órgano administrativo especialmente configurado para dotar de garantías a los procedimientos de contratación pública que se siguen en la Comunidad Autónoma catalana»*, lo que fué tenido en cuenta *«al resolver la petición de suspensión, por el Auto de 26 de marzo de 2013 que, como explica en su fundamento jurídico primero, resuelve a solicitud de medida cautelar con arreglo a los parámetros que establecen los artículos 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, teniendo en cuenta también la normativa europea aplicable al caso dado que lo que pretendía la actora era la suspensión de una resolución que había sido adoptada por el órgano independiente en materia contractual siguiendo el procedimiento específicamente previsto como mecanismo de garantía para los licitadores en las Directivas 89/565/CEE y 92/ modificadas por la Directiva 2007/66/CE. Como recuerda el Auto en el referido fundamento jurídico 1 en estas últimas se otorga una "especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente" que se explica en atención a la motivación contenida en las propias Directivas, de la que termina deduciendo la Sala que "la decisión de suspender la eficacia de un acuerdo adoptado por el órgano independiente creado en aplicación de las disposiciones del Derecho europeo debe ser modulada convenientemente, a fin de evitar que queden frustrados los objetivos que las Directivas comunitarias pretenden alcanzar con el establecimiento de este mecanismo de garantía de los licitadores"»*.

Se refuerza la argumentación, aduciendo que *«Las disposiciones en cuestión pueden por otra parte invocarse directamente por los ciudadanos en caso de que las autoridades internas desconozcan su derecho a un recurso eficaz»*, citando al respecto jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [sentencia de 2 de junio de 2005 asunto Koppensteiner GmbH, C 15/04; Simmenthal (106/77); de 19 de enero de 1982 (Becker, 8/81), de 11 de julio de 2002 (Marks & Spencer, C-62/00), de 5 de octubre de 2004 (Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01), de 26 de octubre de 2006 (C-317/05), de 17 de julio de 2008 (Flughafen Köln/Bonn, C-226/07) de 12 de febrero de 2009 (Cobelfret, C-138/07), 3 de marzo de 2011 (Auto Nikolovi, C 203/10), y de 26 de abril de 2012 (asuntos acumulados C-

621/10 y C-129/11) y de 25 de noviembre de 2010 (asunto Günter Fuss, C-329/09)].

Se cierra el apartado con la siguiente argumentación *«Afirma la recurrente en otro lugar de su motivo 39 (pág. 56) que en la justicia cautelar no ha lugar a resolver con criterios meramente abstractos, sin tener en cuenta los intereses singulares en conflicto. Como si la invocación del Derecho europeo fuera pura abstracción. No hace falta que expongamos ante esa Sala la medida en que quedan afectados los derechos e intereses legítimos de un licitador como mi representada cuando, habiendo interpuesto un recurso especial en materia contractual, dicho recurso es estimado y, pese a ello, no se garantiza la eficacia del mismo.*

*En nuestro caso, la Sala de instancia actuó en suma con total corrección aplicando las Directivas europeas que la Administración recurrente en casación pretende dejar inaplicadas en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada».*

c) El apartado tercero de la oposición al motivo se enuncia en los siguientes términos:

*«3. Pretende justificarse el motivo de casación en la vía de hecho en que ha incurrido la Administración recurrente; en realidad, más que un recurso de casación contra una resolución Judicial, estamos ante una nueva solicitud de suspensión que se presenta directamente esa Excm. Sala del Tribunal Supremo para que reconozca efectos al contrato que está ejecutando no obstante haber sido anulada su adjudicación (por la resolución cuya suspensión reclama)».*

La argumentación se inicia saliendo al paso de la de contrario sobre el retraso de la resolución del OARCC, y la anticipación a ella de la finalización del contrato, reiterando lo expuesto en otro momento de la oposición sobre el cómputo del plazo para dictar resolución y el cumplimiento del plazo, afirmando que *«Lo que realmente ocurrió es que la Administración contratante se apresuró a celebrar el contrato el 27 de diciembre de 2012 sin esperar a la resolución del órgano de recursos (de 2 de enero de 2013)»,* y remitiéndose a la respuesta dada a esa cuestión por el Auto de 26 de marzo de 2013 en su fundamento jurídico 4º, cuyo párrafo primero se transcribe, para continuar razonando en los siguientes términos:

*«El problema que ahora plantea la recurrente ante esa Excma. Sala es que, una vez recaída dicha resolución, en lugar de atenerse a ella y paralizar la ejecución del contrato retrotrayendo el expediente de contratación, decidió seguir adelante privando de toda eficacia al recurso contractual del art. 40 del TRLCSP. Y ahora, en casación, pretende la Administración incumplidora justificar el periculum in mora invocando ante esa Excma. Sala la fuerza de los hechos provocados por su propio incumplimiento de la legalidad».*

El apartado cuarto se refiere a *«4. La pretendida concurrencia de periculum in mora».*

Bajo una referencia sintética inicial al planteamiento del motivo se opone que *«la finalidad legítima del recurso que se sustancia con el número 14/2013 ante la Sección 5 de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede ser otra que la de resolver la cuestión de fondo suscitada por mi representada por medio del recurso que resultó estimado por la Resolución del órgano de recursos de 2 de enero de 2013. Se trata de permitir que el órgano judicial competente controle la actuación de la Administración en relación con un contrato público de especial envergadura, como insiste en recordar constantemente el recurso de casación»*, y se concluye, negando la afirmación del recurrente de que hubiera acreditado la pérdida de la finalidad legítima del recurso por la ejecución del acto impugnado.

Finalmente la oposición al motivo se cierra con un apartado referido a *«5. Los inexistentes perjuicios alegados»*, en el que se sale al paso, individualizada y brevemente, de las alegaciones de contrario: desconsolidación del déficit público, incremento de la tarifa, perjuicios de declarar desierta la licitación y pérdida de puestos de trabajo.

**UNDÉCIMO.-** La solución de los planteamientos enfrentados en torno al tercer motivo, sintetizado en los dos fundamentos precedentes, aconseja comenzar el análisis correspondiente con unas consideraciones acerca de la singularidad del caso actual en el marco general de la LJCA, y en concreto en el de la regulación de las medidas cautelares, para

determinar cuáles pueden ser los términos de su adecuada aplicación al caso.

Tal singularidad, localizada exclusivamente en el ámbito de la contratación administrativa, consiste en que es la Administración la que recurre un acto de un órgano de la propia Administración, aunque dotado dentro de ella de independencia y autonomía funcional, situación sin precedentes en el sistema de la LJCA, que constituye una novedad muy relevante, abierta por la modificación introducida en dicha Ley por la actual Ley 34/2010, y al mismo tiempo sin paralelo en la LJCA fuera del supuesto a que se refiere (al margen de la previsión general del recurso de lesividad que nada tiene que ver con la que ahora nos ocupa).

Antes de tal modificación dicha situación resultaba vedada por el art. 20.1) LJCA, incluso cuando ya la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público, había introducido en el sistema el recurso especial en materia de contratación (art. 35 a 39). Es la citada Ley 34/2010, cuya finalidad ordinamental viene marcada por la trasposición de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica las Directivas Comunitarias 89/665/CE de 21 de diciembre y 92/13/CE de 25 de febrero (Vid. Título de la Ley), modifica la Ley 30/2007 y la LJCA, introduciendo respectivamente, en ellas, en la primera, una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación, en la que es elemento novedoso de trascendental relevancia la creación del órgano competente para la resolución del recurso (art. 311), dotado de independencia y autonomía funcional; y en la segunda, unos nuevos párrafos o apartados en los art. 10, 11, 19, 21 y 49, en especial en lo que a aquí nos interesa, el apartado 4 del art. 19, que es el que atribuye a la Administración legitimación para recurrir las resoluciones del órgano especial de recursos en materia de contratación.

La innovación procesal referida plantea la necesidad de fijar cuáles pueden ser los términos de la posible aplicación del art. 130 LJCA en situaciones como la que nos ocupa. En concreto (y dejando fuera de nuestro análisis, por no venir al caso, las impugnaciones de resolución del

órgano de recursos dictados respecto a actos del procedimiento de contratación distintos de la adjudicación final, o las solicitudes de medias cautelares distintas de la aquí pretendida que es la suspensión de la resolución), la posibilidad de otorgar o no, en aplicación del citado artículo, la suspensión del acto recurrido, acto de anulación de la adjudicación impugnada en el recurso referido. En ese obligado planteamiento, a la hora de ponderar el elemento clave del precepto, que 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 de todos los intereses en conflicto, ha de traerse al primer plano de tal valoración el interés al que responde, dentro del sistema legal de la contratación administrativa, la propia regulación del recurso especial en materia de contratación y en ella la atribución de su conocimiento a un órgano independiente. Y al respecto es imprescindible tener en cuenta, (como muy atinadamente han hecho los autos recurridos) las Directivas comunitarias, en el doble plano de su posible aplicación directa en la parte no traspuesta o no adecuadamente traspuesta, en su caso, y sobre todo, en el de base de interpretación de la legislación interna mediante la que se trasponen.

Llegados a este punto, si la razón de la regulación establecida en la Directiva 2007/66/CE fue claramente la de establecer un medio eficaz para evitar que se produjesen situaciones irreversibles en las adjudicaciones de los contratos, que en ocasiones pueden ser buscadas mediante *"una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes"* (Considerando 4 de la Directiva 2007/66/CE), y a este fin se ordena precisamente nuestra legislación interna (hoy Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre TRLCSP en adelante) resultaría distorsionador en ese sistema que pueda reabrirse antes de que se dicte la sentencia de fondo la vía para que durante el tiempo de pendencia del proceso el órgano de contratación puede producir las situaciones irreversibles mediante la suspensión de la resolución anulatoria

de la adjudicación del contrato, dictada por el órgano especial, que es precisamente lo que el sistema legal tiene como objetivo evitar.

Únase a ello la necesidad de atender, como de interés público especialmente protegible, al de garantizar la finalidad a que responde el recurso especial en materia de contratación, que resulta inequívocamente reflejada en el art. 49.2 TRLCSP, lo que obsta a la posibilidad de adoptar como medida cautelar la de la suspensión de la resolución anulatoria de la adjudicación de un contrato, (que además según lo dispuesto en el art. 35.1 TRLCSP, *"lleva consigo la anulación del contrato"*, que entrará en fase de liquidación, lo que explica que la anulación del contrato deba ser clave en nuestra argumentación, habida cuenta que la de la recurrente, en definitiva, se asienta en la pretensión de mantener la eficacia de dicho contrato). Cosa diferente sería si pudieran tal vez tener cabida otro tipo de medidas distintas, dentro de la amplitud que hoy permite el art. 129.1 LJCA.

No cabe así abrir la vía mediante la suspensión como medida cautelar, para que la Administración pueda llevar a cabo, antes de que se dicte sentencia, la formalización de un contrato basado en una adjudicación anulada, o para impedir la anulación del ya formalizado, y menos aún para la ejecución de un contrato anulado.

Tal vez pudieran diferenciarse dos supuestos distintos: a) el de que habiendo respetado la Administración contratante la anulación de la adjudicación, y habiéndose abstenido de llevar a cabo su extinción, se solicite la suspensión para poder iniciarla; y b) el de que no se hubiese respetado la anulación y, pese a ella, se hubiese ejecutado el contrato, solicitando la medida cautelar para poder justificar la ejecución. Aunque consideramos que en ambos supuestos la suspensión no es admisible, es el segundo el que se planea en el caso actual y en el que por tanto debemos centrarnos.

Hay que tener en cuenta en el último supuesto (el de ejecución por la Administración contratante de un contrato anulado), que una actuación tal

entra directamente en colisión con lo dispuesto en los arts. 35.1 y 49.2 TRLCSP, y mal puede pretenderse que una actuación de la Administración que es de por sí contraria a derecho, pueda tratar de imponerse a la resolución anulatoria y pretender el amparo de la suspensión de la misma. Mientras que la resolución anulatoria, está revestida de la presunción de validez y es inmediatamente eficaz (art. 57.1 Ley 30/1992) y ejecutiva (art. 53, Ley 30/1992), ejecutividad además especialmente reforzada por el art. 49.2 TRLCSP, el acto anulado, precisamente por haberlo sido, carece ya de una paralela presunción y por tanto uno y otro no pueden situarse al mismo nivel.

Desde la perspectiva de una medida cautelar de suspensión el interés público en la ejecución de un contrato anulado no puede considerarse un interés jurídicamente protegible, ni por tanto puede ser uno de los intereses a considerar en el marco del art. 130.1 inciso primero de la LJCA.

En el procedimiento de la anulación, según lo dispuesto en el art. 35.3 TRLCSP pudiera, en su caso, plantearse la posibilidad de no anular por exigencias del interés público; pero el órgano llamado a atender ese interés es precisamente el órgano competente para la anulación, no directamente la Administración contratante.

Finalmente en este apartado de consideraciones generales, cuando lo que está en juego es la nulidad del contrato, según la regulación de la misma en los arts. 37 y ss. del TRLCSP, y se plantea la posibilidad de que el órgano especial de recursos contractuales pueda no declarar la nulidad por razones de interés general, el art. 38 del propio texto (en lo que supone una clara trasposición del art. 2 quinquies apartado 3, de la Directiva 92/13/CEE, modificada el art. 2 de la Directiva 2007/66/CE), excluye de la posible consideración como *«razones imperiosas de interés general»*, que, en su caso, pudieran ser consideradas para justificar que no se declare la nulidad *«en los casos excepcionales que la declaración de nulidad del contrato de lugar a consecuencias desproporcionadas»*, excluye de la posible consideración,

reiteramos, *«los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad».*

Y si el órgano al que el TRLCSP le atribuye la posibilidad de excluir la nulidad en las *«circunstancias excepcionales»* a que el art. 38 de dicho texto se refiere no puede tomar en consideración para ello los intereses económicos referidos, desde la perspectiva de la aplicación del art. 130.1 LJCA no resulta aceptable que esos mismos intereses económicos puedan ser unos de los intereses en conflicto susceptibles de valoración para la adopción de una medida cautelar de suspensión.

La aplicación de las consideraciones precedentes al caso actual determina por sí sola el rechazo global de la argumentación del motivo antes sintetizado, no obstante lo cual entraremos a analizarla de modo individualizado.

**DUODÉCIMO.-** Por lo que hace a la argumentación sintetizada en el apartado a) del anterior Fundamento de Derecho Noveno no resulta en modo alguno aceptable.

La necesidad de dar cumplimiento al mandato parlamentario de la Disposición Adicional Primera de la Ley catalana 10/2011 justifica, ciertamente, la convocatoria de la licitación para conceder el servicio; pero nada tiene que ver con esa necesidad legal el que el adjudicatario deba ser uno de los licitadores, o que una adjudicación anulada deba, no obstante, la anulación mantenerse.

En la tesitura de la anulación de una adjudicación y consecuentemente del contrato derivado de ella resulta inaceptable pretender que el interés prevalente en la valoración de los intereses en conflicto que impone el art. 130.1 LJCA pueda ser precisamente el de

mantener la ejecución del contrato anulado, cuando esa ejecución, como se dijo antes, constituye de por sí una actuación contraria a derecho.

Por lo demás la referencia contenida en ese apartado al error evidente de la resolución recurrida, no es sino la reiteración del planteamiento similar ya rechazado al analizar el motivo segundo en el Fundamento de Derecho Octavo, rechazo que damos aquí por reproducido.

La argumentación sintetizada en el apartado b) del referido fundamento es ampliación de la del apartado precedente, y, como acabamos de decir, reiteración del planteamiento similar al del motivo segundo, por lo que basta aquí para rechazarla, que nos remitamos a lo expuesto en el Fundamento Octavo, especialmente en los apartados c) y d).

La argumentación sintetizada en el apartado c) del referido Fundamento Noveno, salvo lo que tiene de referencia genérica a la finalidad de las medidas cautelares, que es tan aceptable, como inocua para la crítica de las resoluciones recurridas, no es sino una autoproclamación de que ha justificado la concurrencia de los requisitos precisos para que se acuerde la medida cautelar, haciendo además para ello amplia referencia a pruebas aportadas en el recurso de reposición contra el Auto inicial, que, como ya se dijo en otro momento, se declararon inadmisibles por el Auto de 16 de Julio de 2013, sin que tal correcta declaración haya sido ni siquiera impugnada en esta casación, como también dijimos en momento anterior.

Finalmente toda la argumentación sintetizada en el apartado d) del Fundamento noveno, salvo la referencia al perjuicio de los trabajadores, no es sino alusión a perjuicios económicos derivados de la anulación del contrato, que, como tales, y según se ha razonado en el Fundamento undécimo no pueden ser objeto de consideración.

En la argumentación que ahora nos ocupa se pretende la diferenciación entre los intereses económicos ligados a la anulación del contrato y los intereses de la Hacienda pública; pero tal distinción no resulta

convinciente ni aceptable, pues de principio todos los perjuicios económicos derivados para la Administración de la anulación del contrato administrativo son perjuicios a la Hacienda pública, y el hecho de que su impacto en ésta se contemple desde la perspectiva presupuestaria y la del déficit no determina un cambio cualitativo de la índole del perjuicio, que permita, como en el motivo se pretende, desconectar dicho perjuicio de los derivados del contrato.

Por tanto toda la muy extensa argumentación referida a la desconsolidación del déficit de 2012, pese a su casi intimidante magnitud, resulta a la postre carente de eficacia para desvirtuar la fundamentación del Auto de 16 de Julio de 2013, a la que especialmente se refiere, fundamentación que consideramos jurídicamente impecable.

En definitiva, todo el perjuicio económico que en este punto nos ocupa deriva de una actitud de la Administración difícilmente explicable, y no explicada en términos convincentes en el recurso, al formalizar el contrato en un momento en que era inminente la decisión del recurso especial ante el OARCC, y cuando no había transcurrido aún el plazo para dictarla, actitud perfectamente descrita en el Considerando 4 de la Directiva 2007/66/CE, citado muy atinadamente en el Auto de 26 de marzo de 2013. Tal actitud tiene toda la apariencia de una especie de carrera con la OARCC en un intento de anticipar a la decisión de dicho órgano un hecho consumado, situación que es precisamente la que se trata de evitar por la Directiva citada y por nuestra propia legislación.

En esa situación no sirve de excusa el retraso del OARCC. Aunque no aceptemos el cómputo del plazo de propone la recurrida, el plazo para dictar la resolución no había transcurrido cuando se formalizó el contrato. En efecto, presentadas las últimas alegaciones en el recurso especial el 20 de diciembre de 2012 (Vid. F.D. Segundo, 2. b), según lo dispuesto en el art. 47.2 TRLCSP, el plazo de 5 días establecido para dictar la decisión, descontados los festivos que la propia recurrida indica, vencía el día 28 de

diciembre. Con lo que el día 27 en que se formalizó el contrato, el plazo para dictar la resolución no había vencido aún.

En todo caso, aunque en el día 2 de enero de 2013, en que se dictó la resolución recurrida, el plazo ya había vencido, descontados el domingo 30 y el festivo del día 1 de enero, el retraso solo era de 2 días. Unase a tal aparente intento de anticiparse a la resolución del OARCC, una actitud censurable de la Administración, la consideración de las vicisitudes referidas en el precedente fundamento Segundo, 2º, lo que pone de manifiesto una actitud de la Administración de resistencia frente al normal desarrollo del recurso especial que, a la hora de valorar los intereses en conflicto por el Art. 130.1, no puede pretender erigirse en interés prevalente.

En todo caso, la pretendida excusa referida a la formalización del contrato, no aceptable, no lo es en modo alguno a la ejecución seguida a partir del día 2 de enero, cuando el contrato ya estaba anulado, y la Administración, en razón de lo dispuesto en el art. 49.2 TRLCSP, no podía ya ejecutar el contrato, fuese cual fuese la fecha de su formalización.

Las consecuencias derivadas de la actitud contraria a derecho de la Administración, cualquiera que sea su magnitud, no pueden servirle de cobertura para continuar en la ejecución.

Todo lo que acabamos de razonar con referencia a la desconsolidación del déficit es igualmente referible al resto de perjuicios económicos aducidos.

En cuanto al perjuicio a los trabajadores, que sería diferenciable de los económicos, sin negar su posible existencia, de llegar a producirse, no tiene entidad suficiente para poder justificar, para evitarlo, la ejecución del contrato anulado, sin esperar a la resolución judicial; lo que supondría legitimar la situación de ilegalidad imputable de partida a la Administración.

Anulado el contrato, nada impediría que la Administración se responsabilizase del retorno de los trabajadores a la situación inicial, satisfaciendo así el interés de estos, y en su caso, responsabilizándose de los perjuicios que pudiera haberles causado.

Se impone por todo ello la desestimación del motivo y del recurso, sin que, por lo demás, sea necesario detenernos en el rechazo de la argumentación del último capítulo de la oposición, en el que el planteamiento de inadmisibilidad del recurso, una vez que se han enjuiciado y desestimado los motivos de este, carece ya de sentido.

**DECIMOTERCERO.-** 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 3019/2013, Interpuesto por el Procurador Don Francisco-Miguel Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de la *Generalitat* de Cataluña contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2013, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso ordinario número 14/2013, 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<sup>a</sup> 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.-