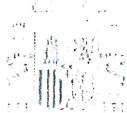


no. 5/5/15



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

Recurso ordinario (Ley 1998) 346/2014 FASE : BA-PS

Parte actora: SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A. (SGAB).
Representante de la parte actora: ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST
Parte demandada: DEPARTAMENT DE TERRITORI I SOSTENIBILITAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, ACCIONA AGUA S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL, y ATLL CONCESIONARIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y AIGÜES DE CATALUNYA, Ltd.
Representante de la parte demandada: ANGEL JOANIQUET TAMBURINI, ANGEL JOANIQUET IBARZ y ADVOCAT DE LA GENERALITAT

AUTO

Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Alberto Andrés Pereira
Magistrados:
D. José Manuel de Soler Bigas
Dª. Ana Rubira Moreno
D. Eduardo Paricio Rallo

ES COPIA

En Barcelona, a 29 de abril de 2015.

Dada cuenta, los escritos de alegaciones presentados por el Advocat de la Generalitat y los Procuradores D. Ángel Joaniquet Ibarz y D. Ángel Joaniquet Tamburini únanse, y

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Al amparo de lo establecido en el artículo 136.1 de la LJCA, en el escrito presentado el 6 de febrero de 2015 por la representación procesal de la parte actora, se pide como medida cautelar *"dirigirse a la Administración demandada para que proceda de modo inmediato a la ejecución de la resolución 1/2013 del OARCC, absteniéndose para ello de inventar órganos ni procedimientos nuevos y limitándose a: 1º) La inmediata cesación de la situación de hecho consistente en que ATLL Concessinària de la Generalitat de Catalunya ocupe la posición de gestora de facto del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat. 2º) La continuación del procedimiento con el licitador que queda con la finalidad de adjudicarle el contrato, concediendo en consecuencia a SGAB el plazo necesario para que cumplimente la previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP, tal y como prevé el art. 47.2,*





segundo inciso, del propio Texto refundido”.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. Ana Rubira Moreno, Magistrada de esta Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la inactividad de la Administración demandada en el cumplimiento de la resolución 1/2013, de 2 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Catalunya (OARCC), que estimaba parcialmente el recurso especial interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato público de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat, así como la resolución dictada el 26 de agosto de 2014 por el Conseller de Territori i Sostenibilitat, que inadmite la reclamación de inactividad.

La resolución 1/2013, de 2 de enero, del OARCC acordaba: *“1.- Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació, interposar pel senyor A.J.M. en rom i representació de la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. contra l’acord d’adjudicació del contracte de gestió del servei de proveïment d’aigua en alta Ter-Llobregat (procediment 2012003800) del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, en el sentit d’excloure l’empresa Acciona del procediment d’acord amb l’exposat en el fonaments jurídics d’aquesta Resolució. 2.- Aixecar qualsevol suspensió que existís sobre aquest procediment. 3.- Declarar que no s’aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, pel que no procedeix la imposició de la sanció prevista en l’article 47.5 del TRLCSP. 4.- Notificar aquesta Resolució als interessats.”*

SEGUNDO.- Después de presentada la demanda, en cuyo súplico se solicita que *“se condene a la Administración, con base en los artículos 29, 32.1 y 71.1.c) de la LJCA, y en el plazo que al efecto expresamente disponga la Sala, el cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que están establecidos en la Resolución 1/2013 del OAACC, es decir, a hacer afectiva la exclusión de la oferta de ACCIONA-BTG Pactual de la licitación convocada para adjudicar el contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat, retrotrayendo en consecuencia el procedimiento de contratación al momento en que debió darse cumplimiento a esa exclusión, con las consecuencias jurídicas a que hubiere lugar (que incluyen el deber de continuar el procedimiento con el otro licitador y otorgar, por tanto, a SGAB, como único licitador cuya oferta se mantiene en el procedimiento de contratación, el plazo establecido en el artículo 47.2, segundo inciso, del TRLCSP para que presente la documentación exigida legalmente”* y que se *“declare la nulidad de la resolución de 26 de agosto de 2014 que inadmite la solicitud formulada por SGAB al amparo del art. 29.1 de la LJCA con carácter previo al presente contencioso”*, la parte actora pide como medida cautelar

ES COPIA





“dirigirse a la Administración demandada para que proceda de modo inmediato a la ejecución de la resolución 1/2013 del OARCC, absteniéndose para ello de inventar órganos ni procedimientos nuevos y limitándose a: 1º) La inmediata cesación de la situación de hecho consistente en que ATLL Concessinària de la Generalitat de Catalunya ocupe la posición de gestora de facto del servicio de abastecimiento de agua en alta Ter-Llobregat. 2º) La continuación del procedimiento con el licitador que queda con la finalidad de adjudicarle el contrato, concediendo en consecuencia a SGAB el plazo necesario para que cumpla lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP, tal y como prevé el art. 47.2, segundo inciso, del propio Texto refundido”.

El escrito en el que se pide la adopción de la medida cautelar, tras referir que el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas el 23 de octubre y el 5 de noviembre de 2014, ha desestimado los recursos de casación formulados contra los autos dictados el 26 de marzo y el 16 de julio de 2013 en el recurso tramitado en esta Sala y Sección con el número 14/2013, que denegaban la suspensión de la ejecutividad de la resolución 1/2013 del OARCC, y que el 17 de diciembre de 2014 el Conseller de Territori i Sostenibilitat había dictado una resolución que acuerda iniciar expediente para dar cumplimiento a la citada resolución 1/2013 del OARCC, constituir una Mesa de contratación y encargar a la misma, con el soporte de una Comisión técnica asesora, la tarea de valorar la forma y trámites a seguir para dar cumplimiento a la resolución 1/2013 del OARCC, defiende que ha devenido imprescindible la adopción de la medida cautelar que solicita por evidenciar la Administración demandada con esa actuación que pretende mantener indefinidamente la situación de inactividad, interpretando para ello a su conveniencia no sólo las normas aplicables, sino las resoluciones judiciales que no le satisfacen, y boicoteando el presente recurso con la simulación de actuar en un procedimiento ad hoc para aparentar el cese en la situación de inactividad cuando en realidad profundiza en ella.

Según la parte actora, la ejecutividad de la resolución 1/2013 del OARCC comporta: i) la anulación del contrato suscrito por la Generalitat de Catalunya con ATLL CGC y la restitución de las prestaciones realizadas por las partes al haber entrado el contrato en fase de liquidación, de conformidad con lo establecido en el artículo 35.1 del TRLCSP; ii) una nueva decisión del órgano de contratación sobre la adjudicación del contrato, defendiendo el derecho de la actora a exigir que continúe el procedimiento de licitación con el segundo licitador admitido y que concluya, en su caso, con la adjudicación del contrato a su favor.

La petición de la medida cautelar se sustenta en: 1. No ser posible apreciar, y menos con evidencia, como exige el artículo 136.1 de la LJCA, que no se da la situación de inactividad contra la que se dirige el recurso; 2. La medida cautelar no ocasionará ninguna perturbación grave de los intereses en conflicto o de terceros y el interés general requiere la inmediata ejecución de la resolución del OARCC según el Tribunal Supremo; 3. Apariencia de buen derecho favorable a la adopción de la medida cautelar solicitada.





Posteriormente, en el escrito presentado el 26 de febrero de 2015, la parte actora pone de manifiesto que con posterioridad al dictado de la resolución de 17 de diciembre de 2014, que ha motivado la petición de la medida cautelar, se ha abierto un trámite de vista del expediente y dado traslado de la petición de revisión de la resolución 1/2013 del OARCC formulada por ATLL Concessionària de la Generalitat, y las únicas actuaciones administrativas han sido las siguientes: acta de la Mesa de contratación de 12 de enero de 2015, que refleja sus acuerdos relativos a: 1º) Composición de la Comissió Tècnica Assessora; 2º. El plan de trabajo; 3.º Encomendar a la citada Comisión un análisis técnico de todas las consideraciones contenidas en la resolución 1/2013 del OARCC, con el fin de evaluar y proponer los posibles pasos a seguir en su cumplimiento; acta de la reunión de la Comissió Tècnica Assessora de 26 de enero de 2015, que acuerda reunirse al cabo de quince días; acta de la reunión de la Comissió Tècnica Assessora de 4 de febrero de 2015, que aprueba un informe técnico y acuerda dar traslado del mismo a la Mesa de contratación; el informe de la Comissió Tècnica Assessora.

Y con el aportado el 27 de marzo de 2015 se acompaña copia de dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo el 12 de marzo de 2015, con la indicación de que en sus fundamentos de derecho séptimo se pone de manifiesto que se está gestionando el servicio de abastecimiento de agua en alta por quien carece de título, se añade que la Administración demandada está dirigiendo cartas a los Ayuntamientos comunicándoles que la actual concesión está en vigor y que el Departament asume que se está procediendo al correcto cumplimiento por parte de las suministradoras de agua en baja de su deber de pago de las facturas de agua en alta por medio de la consignación de los importes correspondientes a favor del Tesoro de la Generalitat de Catalunya, manteniéndose la inactividad denunciada.

ES COPIA

TERCERO.- La Administración demandada, tras referir que la actuación sujeta a revisión jurisdiccional en este recurso es la dictada el 26 de agosto de 2014, que declara la inadmisibilidad de la solicitud formulada por SGAB de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 de la LJCA, pese a lo cual se interpuso el presente recurso por la singular vía del citado precepto, defiende que se debe desestimar la adopción de la medida cautelar solicitada al amparo del artículo 136.1 de la LJCA, pone de manifiesto que la resolución 1/2013 del OARCC estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto, pero no reconoce el derecho de SGAB a ser declarada adjudicataria del concurso de referencia, no siendo cierto que las resoluciones judiciales dictadas en el recurso 14/2013 tramitado en esta Sala y Sección, que han denegado la adopción de la medida cautelar solicitada, hayan reconocido la citada situación. Se opone a la adopción de la medida cautelar defendiendo que no se da el presupuesto exigido para ello, de una evidente inactividad en el cumplimiento de la resolución 1/2013 del OARCC, defendiendo la pérdida sobrevenida de objeto del recurso ya que tras las sentencias del Tribunal





Supremo de fecha 23 de octubre y 5 de noviembre de 2004, el Departament de Territori i Sostenibilitat dictó una nueva resolución el 17 de diciembre de 2014, encargando a la Mesa de contratación que creaba, valorar la forma y los trámites a seguir para dar cumplimiento a la resolución del OARCC, detallando las actuaciones habidas con posterioridad. Subsidiariamente, defiende que la valoración de los intereses en conflicto debería suponer la prevalencia del interés público, respecto del interés privado de la recurrente, dadas las circunstancias impeditivas citadas en el artículo 136.1 de la LJCA, ya que el otorgamiento de la medida cautelar solicitada antes de la conclusión del procedimiento de ejecución de la resolución del OARCC supondría la lesión del principio de seguridad jurídica y causaría perjuicios de difícil reparación. En todo caso, de otorgarse la medida cautelar procedería exigir fianza o caución.

La oposición a la adopción de la medida cautelar por la codemandada Aigües de Catalunya, LTD se sustenta en: Primero. La inviabilidad procesal de las medidas solicitadas pues: 1. El recurso vía ampliación que pretende iniciarse contra la resolución de 17 de diciembre de 2014, constituye una manifiesta desviación procesal; 2. Es ilegítimo que se aplique el régimen privilegiado del artículo 136.1 de la LJCA con el objeto de enervar un acto positivo y expreso; 3. No cabe solicitar medidas cautelares respecto de un acto de trámite; 4. No cabe pretender una medida cautelar con objeto de neutralizar un acto que se mueve en la línea que el demandante persigue, de ejecución de la resolución del OARCC; 5. No cabe solicitar como medida cautelar lo pedido en la demanda; Segundo. Sobre la legalidad de fondo de la resolución de recurrida. a) La resolución del OARCC (no) tiene carácter ejecutivo; b) Si su legalidad fuera confirmada por la Sala y el Tribunal Supremo tendría de ser llevada a efecto; c) Su ejecución material no puede materializarse hasta que no recaiga sentencia firme en los procesos seguidos contra la misma, pues el contrato no se puede considerar anulado. Seguidamente efectúa una serie de alegaciones que no guardan relación con el objeto de este recurso, sino con las resoluciones respecto de las cuales la parte actora solicitó el 6 de febrero de 2015 la ampliación del recurso, petición resuelta en otro auto. Tercero. Sobre las circunstancias habilitantes para la adopción de la medida cautelar. 1. El contrato de adjudicación no está anulado y no procede la inmediata ejecución de la resolución del OARCC; 2. Perturbación grave de los intereses generales o de terceros con la adopción de la medida; 3. Periculum in mora y apariencia de buen derecho.

Acciona Agua, S.A. se opone a la adopción de la medida cautelar alegando: Primero. La SGAB pretende que la Sala emita un pronunciamiento anticipado sobre el fondo de la cuestión debatida, a través de la resolución de su petición de una medida cautelar. La resolución de 26 de agosto de 2014 impugnada, declaró inadmisibile, por improcedente, la solicitud formulada por SGAB al considerar que no concurrían los requisitos establecidos en el artículo 29.1 de la LJCA; Segundo. Incumplimiento de los requisitos de los artículos 29 y 30 del la LJCA, que se exigen para adoptar una medida cautelar en un procedimiento por inactividad, por: A.- Haber comenzado la Generalitat la ejecución de la

ES COPIA





resolución del OARCC con la resolución dictada el 17 de diciembre de 2014 y las actuaciones que le suceden; B) No tener la recurrente reconocida a su favor una prestación concreta consistente en la no invención de órganos o procedimientos nuevos; C) Inexistencia de una prestación concreta a favor de la recurrente consistente en la adjudicación del contrato, sin permitir a la Administración analizar la adecuación de su oferta a los criterios establecidos por el OARCC; D) Inadmisibilidad de la medida de cese de la actividad de ATLL Concesionaria por referirse a una situación de hecho, cuando el procedimiento es por inactividad; D) Incumplimiento de los requisitos del artículo 30 de la LJCA en relación a la submedida calificada solicitada por la recurrente con la finalidad de que le sea adjudicado el contrato, porque la resolución del OARCC nada dice al respecto.

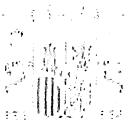
CUARTO.- No procede en esta pieza de medidas cautelares resolver sobre si la inactividad denunciada terminaba con la resolución expresa dictada el 26 de agosto de 2014 por el Conseller de Territori i Sostenibilitat, que inadmitía la reclamación de inactividad, cuestión de fondo a resolver al dictar sentencia, tras las aportaciones de las partes. Pero, en todo caso, es de tomar en consideración que en la Exposición de motivos de la LJCA se dice: *"En el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso"*.

ES COPIA

Tampoco sobre la pérdida sobrevenida del objeto del recurso con las actuaciones llevadas a cabo por la Administración demandada tras el dictado por el Tribunal Supremo de sus sentencias de fecha 23 de octubre y 5 de octubre de 2014, cuestión ajena a esta pieza de medidas cautelares, cuya tramitación deberá proseguir mientras no conste pronunciamiento obstativo de su prosecución en los autos principales.

Como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013, *"ningún obstáculo existe para que en determinados supuestos concretos (...) pueda adoptarse una medida cautelar positiva en supuestos de inactividad administrativa contemplados en el artículo 29.1 (de la LJCA) y al sólo efecto de evitar la posible pérdida de la finalidad del recurso, tal como se prevé en el*





artículo 136 de la propia Ley de la Jurisdicción".

QUINTO.- Solicitada la adopción de las medidas cautelares con sustento en lo establecido en el artículo 136.1 de la LJCA, procede resolver este incidente en los términos previstos en el citado precepto.

De conformidad con lo establecido en el citado artículo, en cuanto dispone que *"en los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada"*, en un proceso por inactividad el presupuesto para la adopción de una medida cautelar viene constituido por el incumplimiento por la Administración de su obligación de realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o de un acto, contrato o convenio administrativo.

Procede, pues, examinar si la resolución 1/2013 del OARCC, que según dispone el artículo 49.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), es *"directamente ejecutiva"*, obligaba a la Administración demandada a la inmediata cesación de la posición de gestora de ATLL Concesionaria de la Generalitat de Catalunya y a conceder a la aquí recurrente plazo para el cumplimiento de los previsto en el artículo 151.2 del de ese texto legal, como se solicita en esta pieza de medidas cautelares.

La resolución 1/2013 del OARCC resolvió estimar parcialmente el recurso, en el sentido de excluir a una de las licitadoras del procedimiento, pero no precisa los efectos que dicha exclusión debe comportar, por lo que deberá estarse a lo establecido en el artículo 35.1 del TRLCSP, en el que se dispone que *"la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor"*, procedimiento en el que deberán dictarse las resoluciones que procedan.

El artículo 47.2 TRLCS, al regular la resolución del recurso especial en materia de contratación previsto en su artículo 40, dispone: *"Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151"*.

Pero, la resolución 1/2013 del OARCC tampoco ordena la concesión de plazo alguno a la otra licitadora para cumplimentar lo previsto en el artículo 151.2 del



ES COPIA



TRLCSP, en el que se regula el requerimiento que se debe dirigir al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa para la presentación de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente, con carácter previo a la su adjudicación. Y no lo hizo ya que no estudia la situación de la otra licitadora.

En este sentido en su fundamento de derecho cuarto precisa: *"En primer lloc, com ja va assenyalar aquest OARCC en la Resolució núm. 35/2012, l'OARCC té exclusivament una funció revisora del actes recorreguts per tal de determinar si s'ha produït una vici de nul·litat o anul·labilitat, conforme amb l'establert, per al conjunt dels recursos administratius, a l'article 107.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (...) i l'article 47 del TRLCSP respecte d'aquest OARCC, de manera que, d'existir els esmentats vicis o incumpliments dels principis de la contractació pública, aquest òrgan ha de procedir a anul·lar l'acte o actes, i ordenar retrotreure les actuacions al moment anterior al que el vici es va produir, però sense que el OARCC pugui substituir la competència dels òrgans de contractació. És l'òrgan de contractació l'únic que té potestat de dictar l'acte d'adjudicació. D'altra manera estariem davant d'un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical (article 62.1.b) de la Llei 30/1992)".*

En las sentencias del Tribunal Supremo dictadas el 23 de octubre y 5 de noviembre de 2014, que desestiman los recursos de casación formulados contra los autos dictados el 26 de marzo y el 16 de julio de 2013 en el recurso tramitado en esta Sala y Sección con el número 14/2013, que denegaban la suspensión de la resolución 1/2013 del OARCC, no se hace tratamiento de la situación en la que debe quedar la licitadora a la que se le adjudicó el contrato tras el dictado de la resolución 1/2013 del OARCC, ni se reconoce derecho alguno a favor de la otra licitadora, estudio que tampoco se contiene en las dos sentencias dictadas por el mismo Alto Tribunal el 12 de marzo de 2015.

Así, la sentencia de 5 de noviembre de 2014 en su fundamento de derecho undécimo indica que *"la necesidad de atender, como de interés público especialmente protegido, el 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 anuladora de la adjudicación de un contrato"* y seguidamente solo añade, *"(que además según lo dispuesto en el art. 35.1 del 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"*.

Las sentencias de 12 de marzo de 2015 en su fundamento de derecho séptimo, tras referir la estimación parcial del recurso especial en materia de contratación





por la resolución 1/2013, de 2 de enero, del OARCC y la denegación de su suspensión cautelar, añade que ello implica que en la actualidad Aigües Ter-Llobregat está inhabilitada para gestionar el servicio de abastecimiento de agua en alta, pero tampoco resuelve sobre los efectos de la citada resolución.

SEXTO.- Como se expresaba en el auto dictado el 26 de marzo de 2013 en la pieza de medidas cautelares del recurso tramitado en esta Sala y Sección con el número 14/2013, que tiene por objeto la resolución 1/2013 del OARCC *"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 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"*.

En el mismo sentido, en el fundamento de derecho sexto de la sentencia dictada el 23 de octubre de 2014 por el Tribunal Supremo, que resuelve el recurso de casación formulado contra el anterior auto, se expresa: *"Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4º). Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar "por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz".)"*. En el fundamento de derecho octavo de la citada sentencia se añade: *"Punto de partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten ante los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz"*.

La consecución del fin al que responde el recurso especial en materia de contratación, reflejado en el artículo 49.2 del TRLCSP, se ve obstaculizada con la actuación de la Administración demandada, ya que dos años después del dictado de la resolución 1/2013 del OARCC se mantiene la situación habida en el momento de su adopción, si bien en los últimos meses se han dictado





algunos actos de trámite, pero no resolución final que la ejecute.

La finalidad de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial que constituye el recurso especial en materia de contratación, en el que *"por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)"* (STS de 23 de octubre de 2014), exige la adopción de una medida cautelar.

Como expresa la Administración demandada en su escrito de oposición a la adopción de las medidas cautelares solicitadas, al resolver este incidente de medidas cautelares no corresponde a este Tribunal decidir la forma de llevar a cabo la ejecución de una resolución del OARCC que alcanza a un servicio público esencial, como es el de abastecimiento de agua en alta.

En este sentido en la Exposición de motivos de la LJCA ya se precisaba: *"Claro está que este remedio (recurso contra la inactividad) no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el <<cuando>> de una decisión o de una actuación material ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. (...)".*

A estos efectos baste recordar que el artículo 35.3 del TRLCSP dispone: *"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".*

Pero, sí está a disposición de este Tribunal el poder instar a la Administración demandada la ejecución de la resolución 1/2013 del OARCC dentro de un plazo de tres meses, a contar desde la notificación de este auto, debiendo remitir antes de su vencimiento información suficiente sobre la resolución adoptada y su ejecución, y en este sentido se acuerda.

Del requerimiento dirigido a la Administración demandada, de ejecución de la resolución 1/2013 del OARCC, que según el artículo 49.2 del TRLCSP, "será directamente ejecutiva", no cabe apreciar que se puedan derivar perjuicios de cualquier naturaleza, razón por la que no procede condicionar la efectividad de





la medida cautelar adoptada a la prestación de garantía o caución para cubrirlos, en los términos previstos en el artículo 133 de la LJCA.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA no procede hacer expresa condena en costas.

PARTE DISPOSITIVA

En razón de lo expuesto el Tribunal acuerda como medida cautelar:

Primero. Requerir a la Administración demandada la ejecución de la resolución 1/2013, de 2 de enero, del OARCC dentro de un plazo de tres meses, a contar desde la notificación de este auto, debiendo remitir antes de su vencimiento información suficiente sobre la resolución adoptada y su ejecución.

Segundo. Sin expresa condena en costas.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de reposición** ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO días** a contar desde el siguiente a su notificación expresando la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieren los requisitos establecidos, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de reposición, deberá constituirse un depósito de **25 euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en el BANCO SANTANDER S.A., oficina 4036, Cuenta expediente nº **0940-0000-85-0346-14**, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación "recurso" seguida del Código: 20 "Contencioso-reposición". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el importe se remitirá a la Cuenta número: **IBAN ES 55 0049 3569 92000500 1274**, indicando en el "concepto" el nº de cuenta del expediente referido (16 dígitos). Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal.

E/.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe



COPIA
LES