

RECURSO CASACION núm.: 1434/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera
Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 11 de mayo de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2019, por las entidades Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Agua (AB), conforme con lo dispuesto en el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ) ---tras ser la misma modificada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo---, fue formulado Incidente de nulidad de actuaciones en relación con la sentencia del Tribunal Supremo, de esta Sala y Sección, 1612/2019, de 20 de noviembre, dictada en el recurso de casación 1434/2016, por la que se declaró haber lugar, y, por tanto, estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª), que había estimado el recurso contencioso administrativo 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra:

“1. Acuerdo del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 6 de noviembre de 2012, por el que se aprobaba (i) el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, (ii) el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, (iii) los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Agua (AB), y (iv) el convenio suscrito por Área Metropolitana de Barcelona (AMB) y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB).

2. El Acuerdo del citado Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 21 de mayo de 2013, por el que se aprueban precisiones interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012”.

Casada y anulada dicha sentencia de instancia, la STS que se impugna desestimó el recurso contencioso administrativo que había interpuesto la entidad Acciona Agua, S. A., declarando ajustados a derecho los citados acuerdos impugnados.

SEGUNDO.- Por Providencia de la Sala de 15 de enero de 2020 fue admitido a trámite el Incidente de nulidad de actuaciones y se dio traslado por término de cinco días a la parte personada como recurrente en el recurso de

casación para que alegara lo que estimara conveniente sobre la solicitud formulada.

TERCERO.- Dicho trámite fue cumplimentado por las entidades Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Ciclo Integral de l'Agua (AB), que lo hicieron oponiéndose a la solicitud de nulidad de actuaciones.

CUARTO.- En la tramitación del presente incidente no se han infringido las formalidades legales esenciales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia cuya nulidad se pretende, 1612/2019, de 20 de noviembre, dictada en el recurso de casación 1434/2016, señaló en su parte dispositiva:

“1º.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de casación 1434/2016 interpuesto por Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. y Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Ciclo Integral de l'Agua contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª), estimatoria del Recurso 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra:

1. Acuerdo del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, adoptado en su sesión de 6 de noviembre de 2012, por el que se aprobaba (i) el establecimiento y prestación del servicio del ciclo integral del agua, (ii) el establecimiento del sistema de gestión de ese servicio público mediante sociedad de capital mixto bajo la modalidad de convenio con sociedad existente, (iii) los estatutos de la nueva sociedad de capital mixto Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Ciclo Integral de l'Agua, y (iv) el convenio suscrito por Àrea Metropolitana de Barcelona y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. Y contra,

2. El Acuerdo del citado Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), adoptado en su sesión de 21 de mayo de 2013, por el que se aprueban precisiones

interpretativas no sustanciales al establecimiento del ciclo integral del agua, modificando parcialmente el anterior Acuerdo de 6 de noviembre de 2012.

2º.- Que debemos anular, y anulamos y casamos, la citada sentencia.

3º.- Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso contencioso-administrativo 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A., contra los Acuerdos de precedente cita del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

4º.- Que declaramos que dichos Acuerdos son ajustados al Ordenamiento jurídico.

5º. Que no hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación”.

SEGUNDO.- La recurrida ---recurrente en la instancia--- formula contra la anterior sentencia Incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la LOPJ, en el que considera que, por parte de la sentencia impugnada, se han vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por falta de motivación (contemplado en el artículo 24.1 de la CE), que avala con cita y reproducción de diversas sentencias del Tribunal Constitucional.

En concreto, se solicita la anulación de los Fundamentos Jurídicos Séptimo a Décimo Tercero de la sentencia, ordenando la retroacción de las actuaciones y que, tras el señalamiento de fecha para votación y fallo, se dicte nueva sentencia motivada en derecho y desestimatoria del recurso de casación.

Por medio de Otrosí la ahora recurrente solicita que, por razones de seguridad jurídica, en el Incidente de nulidad de actuaciones también se dejen sin efecto otras tres sentencias, de la misma fecha, de igual contenido que la impugnada. Se refiere a las sentencias dictada en los recursos de casación 1430/2016, 1437/2016 y 1435/2016, en relación con sentencias, de la misma fecha y Sala de instancia, en las que se resolvieron recursos similares al de autos, en relación con los mismos acuerdos, pero en las que la recurrente no fue parte.

Pues bien, el derecho a la tutela judicial efectiva se considera infringido, en el supuesto de autos, por la concurrencia, en la sentencia impugnada, de cuatro “*supuestos de relevancia constitucional*”, cuales son:

1. Ser el fallo de la sentencia resultado de un error patente de carácter fáctico, por cuanto la sentencia apoya los derechos exclusivos de la SGAB en la circunstancia de que el servicio de abastecimiento de agua potable no se había metropolitanizado hasta la fecha de los acuerdos impugnados en la instancia, o, dicho de otra forma, que la sentencia incide en el error patente de ignorar que la atribución a la SGAB de la condición de socio privado se hacía desde la consideración de que el servicio era de titularidad metropolitana, siendo un error la tesis de la sentencia de que SGAB tenía un derecho de exclusiva ---y no un derecho precario--- porque el servicio no llegó a metropolitanizarse en 1982.

2. Incurrir la sentencia impugnada en incongruencia omisiva, al no haberse tomado por la misma en consideración ni la oposición al recurso de casación presentado por la entidad instante de la nulidad, ni el relato de los hechos no controvertidos de la sentencia de instancia, ni tan siquiera el expediente administrativo; debido a ello, la recurrente considera que la sentencia impugnada, de forma irrazonable y en contra del derecho de la Unión Europea desautoriza la exigencia de transparencia de la sentencia de instancia y admite como derechos exclusivos unos derechos previos de la SGAB que resultan completamente opacos, y que la sentencia interpreta de manera manifiestamente irrazonable y arbitraria.

3. No encontrarse, la sentencia impugnada razonada, motivada o debidamente fundada, lo que implicó una aplicación arbitraria o manifiestamente irrazonable de la legalidad. En concreto, se expone que la sentencia de instancia no vulneró el artículo 170 de la Ley de Aguas de 1879, ni la DT 1ª del Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), ni privó de eficacia alguna a la concesión de 1953, por cuanto, según expresa, no se trataba de una

concesión de servicio público que permitiera a SGAB prestar el servicio al margen de los planes de inversiones, tarifas o regulación del servicio, reivindicando el carácter provisorio de la prestación del servicio como reconociera la sentencia de instancia, y recordando la tesis acogida en dicha sentencia de instancia, en el sentido de que la concesión de 1953 otorgaba a SGAB el aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de la población (concesión demanial) pero no la concesión del servicio cuya titularidad correspondía a otra Administración; esto es, se insiste, que la concesión de 1953 sólo otorgaba un derecho provisorio a la prestación del servicio, y que la citada concesión, por tanto, no atribuía un derecho de exclusiva suficiente para fundar la excepción licitatoria, por cuanto sus principales instalaciones estaban afectadas al servicio público de la Generalidad de abastecimiento en alta.

4. Padecer, el razonamiento del Tribunal Supremo, una quiebra lógica, o incoherencia, al admitir la validez de la adjudicación directa realizada con vulneración del principio de transparencia, y ser fruto de un voluntarismo judicial, incompatible con la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, la entidad recurrida instante de la nulidad de la sentencia impugnada considera que la citada falta de motivación, contemplada de forma conjunta, ha determinado que el asunto haya quedado imprejuizado, habiéndose producido una denegación de justicia en la licitación de uno de los dos grandes contratos del sector del agua adjudicados en Cataluña en 2012, poniendo de manifiesto la gravedad que supone la legitimación de la adjudicación directa del servicio público a la SGAB, pese a estar probado que no se había valorado de forma adecuada que concurrían razones para una excepción licitatoria.

TERCERO.- Pues bien, debemos rechazar la pretensión de nulidad de actuaciones que, por los motivos expresados, se esgrime por la recurrente.

Entendemos, como se ha expresado, que tales infracciones no pueden considerarse producidas por haber dado la sentencia impugnada una

respuesta coherente y compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, que se dice vulnerado, excediendo los razonamientos de las recurrentes de la finalidad propia del Incidente de nulidad de actuaciones, pues, debe recordarse, que el citado Incidente no constituye un instrumento procesal válido para la revisión incondicionada de resoluciones judiciales, ya que no se puede pretender con el mismo que los Tribunales acojan el criterio que, subjetivamente, se alegue por alguna de las partes que constituya el reflejo de la disconformidad o discrepancia, en cuanto al fondo de la resolución dictada en grado de casación por esta Sala, siempre que, tras examinar los recursos interpuestos, y ofreciendo cumplida respuesta a las cuestiones en éstos planteadas, se llegue a la conclusión sobre el pronunciamiento en relación con la concurrencia, o no, en la resolución objeto del recurso, de las infracciones denunciadas.

El artículo 241.1 de la LOPJ ---modificado por la Ley Orgánica 6/2007, de 23 de diciembre, redacción aplicable al supuesto de autos--- dispone que *"[n]o se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario"*.

De conformidad con el citado precepto hemos señalado con reiteración (por todos ATS de 17 de septiembre de 2019, RC 1304/2018) que *"con carácter general no es admisible el incidente de nulidad de actuaciones para evitar que su utilización se convierta en una anómala y rechazable modalidad de recurso contra sentencias o, en general, contra resoluciones judiciales no susceptibles de impugnación"*, y hemos añadido que este criterio debe mantenerse *"de modo singular en lo que se refiere a las sentencias de este Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, contra las que no cabe recurso"*. En estos términos de excepcionalidad en la admisión del Incidente de nulidad de actuaciones se expresa reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala y, por otra parte, la STC 11/2013, de 28 de enero, reitera, igualmente, la naturaleza excepcional del incidente de nulidad de actuaciones, en los siguientes términos: *"En este sentido, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho*

fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales. Ahora bien, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 241.1 LOPJ (en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir excepcionalmente para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (STC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 3).”.

Pues bien, conforme al precepto que hemos citado, y su interpretación jurisprudencial, debemos rechazar, en concreto, las diversas alegaciones de las recurrentes que sirven de apoyo a la pretendida nulidad de actuaciones, y, con ello, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la falta de motivación de la sentencia, por cuanto no apreciamos el error patente al que las recurrentes hacen referencia, ni la incongruencia omisiva que se imputa a la sentencia impugnada, cuyo contenido, exposición y desarrollo se nos presentan como lógicos y coherentes con los hechos acreditados como probados en la instancia, y ajenos a cualquier arbitrariedad, irrazonabilidad o voluntarismo jurídico.

CUARTO.- Hemos, pues, de sustentar nuestra denegación de nulidad en el marco de la interpretación que respecto del ámbito de este tipo de incidentes ha señalado la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional (STC 135/2017, de 27 de noviembre) ha insistido en la relevancia del Incidente de nulidad de actuaciones, como el que resolvemos, señalando al respecto:

“Este Tribunal ha otorgado una indudable relevancia constitucional al incidente de nulidad de actuaciones, tras la reforma operada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la Ley Orgánica 6 /2007 (por todas, STC 153/2012, de 16 de julio). Ello le ha llevado a afirmar que, para evitar que el recurrente quede sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones carecieran de trascendencia



constitucional, el órgano judicial debe realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión (STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3), salvo que se den las causas de inadmisión de plano, supuesto en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En el presente caso se constata que el incidente se inadmite con la simple expresión de que lo planteado supera el ámbito objetivo del mismo.

El Tribunal Constitucional ha considerado que, a pesar de que el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido (SSTC 57/2006, de 27 de febrero; y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2). Por ello el Tribunal se ha de limitar a comprobar si la resolución de inadmisión está motivada y si ha incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 9/2014, de 27 de enero, FJ 5).

El control constitucional que permita examinar si las decisiones judiciales se ajustan a una exégesis racional del ordenamiento tiene directa relación con la expresión de la motivación judicial. Mal se puede realizar un control –ni siquiera externo– de lo que carece de un razonamiento expreso”.

Desde dicha perspectiva, pues, el incidente de nulidad de actuaciones ha de ser rechazado, ya que la sentencia impugnada no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que se dicen infringido, habiendo respondido la misma a los diversos planteamientos de las partes, sin haber resuelto nada que no estuviera planteado en el recurso y sobre lo que las partes hubieran discutido y alegado con profusión. Si bien se observa, las alegaciones de la parte recurrente lo que ponen de manifiesto es una discrepancia con la decisión adoptada por la sentencia impugnada ---concretada en los extremos que hemos reproducido--- así como con los razonamientos jurídicos que fundamentan tal decisión, utilizando, en realidad, el Incidente de nulidad de actuaciones como si de un recurso de reposición se tratara. Lo cierto es que ninguna de las apreciaciones de la recurrente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que se dicen infringidos resulta de recibo, tratándose la impugnada de una sentencia motivada ---razonadamente motivada--- que sigue un hilo conductor jurídico lógico y coherente, sobre la base de unos hechos a los que se hace referencia en la misma sentencia.

Por ello ni la tutela judicial efectiva se ha puesto en entredicho.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 241.2 *in fine* de la LOPJ deben imponerse las costas del incidente a la parte recurrente que lo ha promovido.

No obstante, esta condena, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 139, apartado 3, sólo alcanzará, por todos los conceptos acreditados por la parte recurrida, a la cantidad máxima de 1.000 euros ---más el correspondiente Impuesto sobre el Valor Añadido, de resultar procedente---, a la vista de la índole de asunto y las actuaciones procesales desarrolladas y concretadas en el escrito de oposición, y sin que apreciemos en su planteamiento la concurrencia de temeridad que le haría merecedor de la sanción de multa que en el mismo precepto se previene.

Por todo ello,

LA SALA ACUERDA:

1º. Desestimar el Incidente de nulidad de actuaciones, formulado por Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (SGAB) y Agües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Cicle Integral de l'Agua (AB), en relación con la sentencia del Tribunal Supremo, de esta Sala y Sección, 1612/2019, de 20 de noviembre, dictada en el recurso de casación 1434/2016, por la que se declaró haber lugar, y, por tanto, estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 126/2016, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5ª), que había estimado el recurso contencioso administrativo 27/2013, interpuesto por Acciona Agua, S. A.

2º. Imponer las costas del recurso a la parte recurrente en los términos expresados.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Segundo Menéndez Pérez D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Javier Borrego Borrego D^a Angeles Huet de Sande

