



**T . S . J . CASTILLA-LEON CON/AD - 001**  
**VALLADOLID**

S40120

C/ ANGUSTIAS S/N  
**Teléfono:** **Fax:** 983267695  
**Correo electrónico:**

MGC

**N.I.G.:** 47186 45 3 2017 0000206  
**Procedimiento:** AP RECURSO DE APELACION 0000339 /2018  
**Sobre** ADMINISTRACION LOCAL  
**De D/ña.** AGUAS DE VALLADOLID SA  
**Abogado:** MARIANO MAGIDE HERRERO  
**Procurador:** CRISTOBAL PARDO TORON  
**Contra D/ña.** AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID  
**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO  
**Procurador:**

D<sup>a</sup> **ANA MARÍA RUIZ POLANCO**, LETRADO DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de VALLADOLID.

**POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR:** Que en los autos de RECURSO DE APELACION arriba referenciado ha recaído Sentencia del siguiente tenor literal:

**SENTENCIA Nº 773**

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a 21 de mayo 2019.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los magistrados expresados

más arriba, el presente recurso de apelación registrado con el número 339/18, en el que son partes:

Como apelante, AGUAS DE VALLADOLID, S.A., representada por el procurador Sr. Pardo Torón y defendido por los letrados Sr. Magide Herrero y Sr. Navarro Manich.

Como apelada, el AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, representado y defendido por letrada de sus servicios jurídicos.

Es objeto de la apelación la sentencia nº 60/2018, de 9 de abril, dictada en el procedimiento ordinario 11/17 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1 El expresado Juzgado dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores SE ACUERDA:

1º Rechazar la causa de inadmisión del recurso alegada por la señora Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado.

2º Desestimar íntegramente lo pretendido por la parte demandante contra la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia.

3º Sin condena en costas.

2. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la mercantil apelante por considerarla contraria a derecho interesando de la Sala, que dicte sentencia por la que se revoque la sentencia apelada, y, en su lugar, se acuerde la declarar la invalidez de los acuerdos impugnados del Ayuntamiento de Valladolid –Acuerdo del Pleno de 30 de diciembre de 2016 y Acuerdo de desestimación del recurso de reposición- sobre la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestionar los servicios que contiene la propuesta de gestión directa a través de la entidad pública empresarial local. Recurso del que, una vez admitido, se dio traslado a las demás partes, habiendo presentado escrito de adhesión y oposición a la apelación la letrada del Ayuntamiento de Valladolid

interesando la revocación de la sentencia en cuanto rechaza la inadmisión del recurso alegada por la Administración demandada y, en su virtud, se inadmita el recurso contencioso-administrativo interpuesto por AGUAS VALLADOLID, S.A. y, en su caso, se desestime el recurso de apelación condenando a la recurrente al pago de las costas procesales de esta instancia. Conferido traslado de la adhesión de la apelación a la parte apelante, presentó escrito con el contenido que obra en autos.

Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos y el expediente a esta Sala.

3. Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas la parte apelante y apelada, se designó ponente a la Magistrada D. <sup>a</sup> ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA.

Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo del mismo el pasado día 2 de mayo del año en curso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. 1. Se impugna en el presente recurso de apelación por la representación procesal de Aguas Valladolid, S.A., la sentencia nº 60/2018, de 9 de abril, dictada en el procedimiento ordinario 11/17 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid.

Pretende que se revoque la sentencia impugnada y que, en su lugar, se dicte otra por la que, estimando el recurso contencioso-interpuesto por ella, se acuerde declarar la invalidez de los acuerdos que ha recurrido.

La recurrente, aquí apelante, ha impugnado el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid, adoptado en la sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la mencionada mercantil contra otro acuerdo, adoptado por el mismo órgano en la sesión celebrada el 30 de diciembre de 2016, por el que resumidamente se decide asumir, una vez finalizado

el contrato de concesión vigente, hecho que ha ocurrido el 30 de junio de 2017, la gestión directa del ciclo integral del agua de Valladolid mediante la creación de una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL).

1.2. El Ayuntamiento de Valladolid se ha adherido y opuesto al recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de instancia, en cuanto rechaza la causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo alegada por ella, y en su virtud, de estimarse aquella, se inadmita el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Aguas de Valladolid, S.A., y, en caso de no apreciarse que concurra la causa de inadmisibilidad invocada, se desestime el recurso de apelación.

2. Por obvias razones lógico formales se ha de examinar en primer lugar la adhesión de la apelación porque, de estimarse la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que el Ayuntamiento de Valladolid reitera que concurre, carecería de objeto examinar los motivos de impugnación aducidos por la parte apelante sobre el fondo del asunto.

2.1. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia, tras exponer las posturas de las partes, la jurisprudencia sobre la materia y las circunstancias que concurren en el caso, se rechaza que la mercantil recurrente carezca de legitimación activa para interponer el recurso contencioso-administrativo en los siguientes términos:

“...la entidad demandante tiene legitimación activa para interponer dicho recurso al ostentar un interés legítimo dado que la decisión que se adopte sobre la pretensión anulatoria ejercida incide, de una manera efectiva y no hipotética, en su círculo de intereses atendiendo a su objeto social y a que ha venido gestionando, de manera indirecta mediante concesión, los servicios públicos sobre los que se proyecta el acuerdo impugnado.

A mayor abundamiento hay que indicar lo siguiente:

1º Que el Ayuntamiento demandado no ha apreciado, en vía administrativa, la falta de legitimación de la entidad demandante en cuanto que el recurso administrativo interpuesto por ésta frente al acuerdo adoptado el día 30 de diciembre de 2016 (Recurso de Reposición) ha sido desestimado sin que, en definitiva, se haya acordado su inadmisión por la razón indicada.

2º Que, en el momento de interponer el recurso, que es el que, principalmente hay que tener en cuenta para decidir sobre la existencia de legitimación, la entidad demandante era concesionaria, al no haber transcurrido el plazo de vigencia del contrato, de los servicios públicos afectados por los acuerdos recurridos”.

2.2. El Ayuntamiento sostiene que la sentencia de instancia vulnera la consolidada doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que deben concurrir para entender que existe legitimación activa para recurrir y sobre la pérdida de legitimación por pérdida sobrevinida del interés legítimo, al no apreciar correctamente las circunstancias presentes en este caso concreto, que, por otro lado, no desconoce el juez y que las resume en el mencionado fundamento de derecho quinto así:

“1ª No le falta razón a la Señora Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado al manifestar que la entidad demandante no tiene, al haber dejado de prestar el servicio, por conclusión del plazo de duración del contrato de concesión, el día 30 de junio de 2017, un interés legítimo en el asunto objeto de enjuiciamiento en cuanto que la decisión que se adopte sobre el fondo del mismo no incide realmente sobre su posición haciéndolo, en el mejor de los casos, de una manera hipotética. En este apartado hay que tener en cuenta: (1) que la anulación de los actos impugnados, en la hipótesis de que llegara a estimarse el recurso interpuesto, no altera la posición de la demandante en el mercado atendiendo a su objeto social dado que ello no supone, ni tampoco la entidad demandante lo pretende, que el servicio público se tenga que gestionar de manera indirecta a fin de que pueda “competir por el mercado” en una hipotética licitación; (2) que el hecho de que la entidad demandante haya sido gestora del servicio hasta el día 30 de junio de 2017 no le atribuye un interés legítimo en cuanto que el acuerdo impugnado no supone, y en este apartado hay que dar por reproducido lo dicho en la consideración 2ª del fundamento de derecho cuarto anterior, una modificación de la forma de gestión del servicio público de manera que su anulación posibilitara entender que el servicio se tendría que seguir gestionando de forma indirecta mediante una concesión por ser lo que se ha venido haciendo hasta el día 30 de junio de 2017. El acuerdo impugnado decide, porque así resulta de lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL, la forma de gestión del servicio público al haber dejado de tener efectos, por el transcurso del plazo, la decisión adoptada en su momento sobre la gestión indirecta que posibilitó el contrato de concesión; (3) que la entidad demandante, al concluir el contrato de concesión, no tiene un derecho a mantener los trabajadores afectos al servicio que venía prestando dado que esos trabajadores, por mandato de la Ley (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores puesto en relación con lo dispuesto en la legislación de contratos aplicable a las Administraciones Públicas), quedan disponibles a efectos de poder pasar a depender del sujeto que asuma la gestión del servicio una vez extinguida la concesión anterior; (4) que el acuerdo adoptado es diferente al “encargo a un medio propio” en cuanto que decide, según la legislación de régimen local, la gestión de un servicio público por lo que no resulta aplicable la legitimación prevista, ahora, una vez que ha entrado en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de forma clara, en la legislación de contratos del Sector Público respecto al recurso especial; y (5) que los

contactos que haya podido tener el Ayuntamiento con la entidad demandante y las referencias que a la misma se hacen en la Memoria aprobada lo son por su posición de antigua concesionaria que tiene que revertir, al finalizar el contrato de concesión, el servicio a su titular con todos los elementos constitutivos del mismo según se establezca al respecto en el pliego de condiciones aplicable”.

A juicio del Ayuntamiento apelado esas circunstancias bastan, junto con los requisitos exigidos por consolidada jurisprudencia, para apreciar que concurre la causa de inadmisión alegada porque la decisión impugnada no repercute de un modo efectivo en la esfera jurídica de Aguas Valladolid, S.A., ni ostenta dicha mercantil ningún derecho relacionado con los acuerdos impugnados. Además, añade, aunque hipotéticamente hubiera estado legitimada para recurrir en el momento de formular el recurso contencioso-administrativo ha dejado de estarlo a la finalización de la concesión, el 30 de junio de 2017, sin posibilidad de prórroga y ello de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial que admite la pérdida sobrevenida de legitimación activa partiendo de la aplicación supletoria en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la LEC y de una interpretación sistemática de los artículos 19 de la LJCA y 22 y 413, ambos de la LEC. Cita las sentencias del TS de 30 de mayo de 2011, RC nº 202/2009, y de 20 de julio de 2015, RC nº1691/2014, así como la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2016, RCA nº 346/2013. A mayor abundamiento, alega que no concurre ninguna limitación o matización que permita entender que se ha dado la *perpetuatio legitimationis*, en el hipotético caso de que la mercantil hubiera tenido legitimación activa inicial, porque la pérdida sobrevenida de la legitimación de la actora no se habría producido por dilaciones indebidas del órgano judicial y, por otro lado, su legitimación no opera sobre la defensa de un interés público ligado a una función pública, como si se tratase de la legitimación de un concejal o parlamentario. Por último, añade que la falta de legitimación activa sí fue apreciada en la vía administrativa, toda vez que uno de los motivos de desestimación del recurso de reposición interpuesto por aquella contra el acuerdo de 30 de diciembre de 2016 fue su falta de legitimación.

2.3. La mercantil Aguas de Valladolid, S.A. se opone alegando que la estimación de la causa de inadmisibilidad comportaría la vulneración de su derecho a la tutela

judicial efectiva, porque tiene derechos e intereses legítimos que se han visto perjudicados por los acuerdos impugnados en la medida en que suponen un cierre de un mercado y la supresión de la posibilidad de competir para desarrollar una actividad (la gestión de los servicios del agua en el municipio de Valladolid) respecto de la que tiene un interés acreditado. Los acuerdos impugnados no son neutros para ella y afectan a su interés legítimo en competir para poder continuar gestionando los servicios de que se trata en Valladolid; gestión que constituye su objeto social. Su interés legítimo no se puede confundir con el mero interés por la legalidad (cita en este punto la STS de 1 de febrero de 2000). Añade que la jurisprudencia reconoce legitimación activa a las empresas operadoras de servicios de abastecimiento de aguas para impugnar actos administrativos de Ayuntamientos que deciden gestionar directamente el servicio (STS de 22 de abril de 2005) y que los acuerdos impugnados tienen un impacto directo en ella como anterior empresa concesionaria de los servicios públicos litigiosos, entre otros aspectos, en su plantilla en cuanto la Memoria aprobada por los acuerdos impugnados incorpora una decisión sobre cuáles serán los trabajadores de la mercantil que son transferidos a la EPEL, por subrogación. La sentencia del TSJ de Cataluña que cita el Ayuntamiento apelado ya ha sido analizada en la sentencia apelada y no resulta de aplicación al caso y, por último, pone de relieve que el recurso de reposición interpuesto por ella no fue inadmitido sino que fue desestimado, por lo que no puede ahora el Ayuntamiento demandado alegar que carece de legitimación activa para recurrir.

2.4. Este motivo de impugnación se desestima por lo que a continuación se expone. No es controvertido que la mercantil apelante no ejercita la acción pública que, con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce en el proceso contencioso-administrativo. Y, por ello, una constante jurisprudencia, cuya reiteración y general conocimiento excusa de cita de sentencias, ha considerado que la mera defensa de la legalidad no confiere legitimación para recurrir a quien la invoque. No ejercita tampoco derecho subjetivo alguno al amparo de una norma que le confiera el poder exigir una determinada conducta de la Administración, puesto que la concesión de los servicios de que se trata finalizó, sin posibilidad de prórroga, el 30 de junio de 2017.

La cuestión radica en si ostenta un interés legítimo para recurrir, que le confiera legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conforme al art. 19.1.a) de la LJCA, pues, de ostentarlo, si no se le reconociese la legitimación, se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El interés legítimo puede considerarse como una situación intermedia entre el derecho subjetivo, entendido como interés individual directamente afectado por la acción administrativa, y el interés simple de aquel cuya esfera jurídica es completamente ajena a la aplicación de la norma jurídico-administrativa. El problema radica en determinar dónde se ha de fijar el límite de la afectación, más cerca de la afectación nula (interés simple) o de la afectación clara (derecho subjetivo).

Para resolverlo se ha de partir de la doctrina del Tribunal Constitucional (y en el mismo sentido el Tribunal Supremo), que ha señalado que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE ) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales y que dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, entendido no "como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan", sino como "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican" ( STC 88/1997, de 5 de mayo , FJ 2).

En desarrollo de esta doctrina en relación con la legitimación para acceder al proceso ha destacado el Tribunal Constitucional que, al reconocer "el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa" ( SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2 ; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2 ; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4 ; y 119/2008, de 13 de octubre , FJ 4, por todas).



Con relación al orden contencioso-administrativo, se ha señalado "que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta" (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4 ; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 ; y 28/2009, de 26 de enero , FJ 2).

De acuerdo con esta doctrina, para valorar si el incumplimiento normativo que la mercantil recurrente denuncia le afecta singularmente, el canon de proporcionalidad, a los efectos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, impone un criterio de flexibilidad favorecedor de la admisión del recurso. En la decisión para fijar el límite de afectación a que antes aludíamos, ha de pesar no solo los beneficios derivados de un Estado de Derecho (art.1.1 CE) que suponen que los derechos e intereses legítimos pueden obtener una decisión de fondo judicial (art. 24.1 CE) sino también, otros bienes constitucionales que están en juego, como son los derivados de los beneficios de una Administración respetuosa de la legalidad (art. 103.1 CE) y del control judicial de su actividad (art. 106.1 CE), pues, como se pone de relieve en el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, una mejor fiscalización de la actividad pública contribuye a la necesaria regeneración democrática, promueve la eficiencia y eficacia del Estado y favorece el crecimiento económico. A la Jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración (Exposición de Motivos de la LJCA); por lo que quien denuncia estas extralimitaciones tiene acceso al proceso siempre que el eventual incumplimiento incida realmente en su esfera de intereses.

En el presente caso, los acuerdos impugnados no son completamente ajenos a la esfera jurídica de la mercantil recurrente, no son neutros, como señala. Le afectan en cuanto que la gestión de los servicios públicos que prestaba en Valladolid hasta el 30 de junio de 2017 como concesionaria, ya no se gestionan indirectamente, con lo que se ve privada de la posibilidad de competir para poder continuar gestionándolos, lo que incide en una parte de la actividad integrante de su objeto social; una eventual sentencia anulatoria de los acuerdos impugnados le reportaría la ventaja hipotética pero posible de que el Ayuntamiento adoptase otra resolución diferente, optando por la gestión indirecta de los servicios de que se trata, lo que le permitiría competir con otras empresas del sector de gestión de servicios hidráulicos en las licitaciones públicas para la adjudicación del contrato de concesión de servicios. Esta afectación, junto con los beneficios que el control judicial de la actividad administrativa comporta, se estima suficiente para afirmar la legitimación activa de la recurrente, al amparo del art. 19.1.a) de la LJCA.

En consecuencia, se desestima la adhesión a la apelación con imposición de las costas al Ayuntamiento de Valladolid (art. 139.2 de la LJCA), que se limitan a 500 €, IVA excluido (art. 139.4 LJCA).

3. Entrando a examinar los motivos de impugnación del recurso de apelación interpuesto por Aguas Valladolid, S.A., comenzamos con el primero en el que la mercantil apelante alega que la sentencia apelada es contraria a derecho al considerar inaplicables a los acuerdos impugnados los artículos 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (LBRL) y 97.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL), que regulan “el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica” y los acuerdos impugnados son inválidos porque se han omitido los trámites procedimentales establecidos en esos preceptos y en el art. 56 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de

Servicios de las Corporaciones locales.( RSCL); se refieren a la omisión de la información pública y a la defectuosa composición de la Comisión de Estudio.

3.1.1. En el punto 3º del fundamento de derecho sexto de la sentencia apelada se exponen resumidamente las razones por las que no se consideran aplicables al caso los preceptos que invoca la parte apelante en este motivo de impugnación. Anteriormente, en el fundamento de derecho cuarto, el juez de instancia hace un minucioso y profundo estudio del contexto en el que se adoptan los acuerdos impugnados, sobre la configuración legal de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de aguas residuales, sobre el art. 85 de la LBRL y sobre los límites legales para la contratación de nuevo personal.

Se dice en el punto 3º del fundamento de derecho sexto:

1ª El acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 únicamente decide sobre la forma de gestión de unos servicios públicos que ya existen y que llevan prestándose durante bastantes años. Ese acuerdo no adopta ninguna decisión sobre la efectividad de la reserva prevista en el artículo 86,2 de la LBRL ni tampoco sobre la efectiva ejecución del servicio en régimen de monopolio.

2ª Los servicios sobre el que se decide la forma de gestión son, según el artículo 26 de la LBRL, de prestación obligatoria con independencia de que también puedan ser reservados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86,2 de la LBRL. El carácter obligatorio de los servicios públicos permite su prestación sin necesidad de decidir sobre su establecimiento y también sin necesidad de acordar la reserva y, en su caso, la efectiva ejecución en régimen de monopolio.

3ª Los artículos citados por la parte demandante se aplican para el ejercicio por las entidades locales, concretamente por el municipio, de la iniciativa económica, que no es identificable al servicio público establecido por la Ley, y, en su caso, según lo dispuesto en el artículo 86,2 de la LBRL, para hacer efectiva la reserva y la efectiva ejecución en régimen de monopolio, hecho que, hay que insistir en ello, no es objeto del acuerdo impugnado.

4ª No existe en la legislación española, ni tampoco en la europea, una preferencia a favor del contratista interpuesto como medio para satisfacer las necesidades públicas resultando que esas necesidades pueden ser satisfechas por los medios de la propia Administración o, incluso, acudiendo a convenios interadministrativos por lo que la decisión adoptada sobre la forma de gestión no crea el monopolio que dice la entidad demandante.

5ª El procedimiento a seguir para decidir la forma de gestión de un servicio público es el previsto en el artículo 85,2 de la LBRL en el que no se prevén los trámites que la entidad demandante considera incumplidos.

6ª El hecho de que el Ayuntamiento demandado, al adoptar el acuerdo de inicio del procedimiento, haya hecho referencia a lo dispuesto en los artículos 86 de la LBRL y 97 del TRRL no es razón

suficiente para invalidar, atendiendo al fundamento que se está analizando, los acuerdos impugnados debiendo insistirse en que los mismos se han adoptado siguiendo el procedimiento aplicable. Esa decisión inicial del Ayuntamiento es un acto de trámite interno por lo que el hecho de que la actuación seguida no se haya ajustado a su contenido no supone una vulneración de la vinculación por los propios actos máxime si se tiene en cuenta que el hecho de haberse apartado de lo acordado inicialmente no ha supuesto la vulneración de la norma”.

3.1.2. La mercantil apelante alega para fundar este motivo de impugnación que: (i) la sentencia de instancia al sostener que las entidades locales pueden desarrollar los servicios de prestación obligatoria sin necesidad de tramitar un procedimiento previo porque el art. 26.1 de la LBRL las habilita legalmente para ello, a diferencia del resto de las actividades económicas que pueden desarrollar, es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 1 de febrero de 2002, citada por ella y que no ha sido valorada en la sentencia) y a la doctrina más asentada sobre la materia (cita dos obras de la doctrina científica que entiende sientan el criterio que mantiene y los dos dictámenes aportados en la instancia) y se fundan en jurisprudencia y doctrina superada y minoritaria; (ii) la interpretación literal y sistemática del art. 86.1 de la LBRL, que no ha sido tenida en cuenta en la sentencia de instancia, evidencia que la prestación de los servicios de que se trata por una empresa pública debe sujetarse a lo establecido en los preceptos que cita, siendo intrascendente que sean de prestación obligatoria; (iii) los acuerdos impugnados no solo aprueban una forma de gestión directa de los servicios litigiosos sino que también aprueban el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica y, por tanto, no solo es aplicable el art. 85.2 de la LBRL, también lo son los arts. 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRRL; (iv) se han omitido los trámites procedimentales exigidos en el art. 97.1 del TRRL, información pública, y 56 del RSCL sobre la composición de la comisión de estudio encargada de elaborar la Memoria.

3.1.3. El Ayuntamiento apelado se opone aduciendo que (i) el cambio en la forma de gestión de los servicios del ciclo integral del agua realizado mediante los acuerdos impugnados tiene cabida dentro de la amplia potestad que para la organización y modificación de la gestión de los servicios públicos de la competencia de los Entes

Locales atribuye a estos el art. 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por tratarse de servicios obligatorios de titularidad municipal que ya venía prestando el Ayuntamiento y que nunca ha ejercido ni pretende ejercer en régimen de monopolio; (ii) las sentencias que cita la parte apelante del Tribunal Supremo no son trasladables sin más al caso enjuiciado; (iii) no se ha creado ningún nuevo servicio público porque los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales en ningún momento habían dejado de ser públicos pues ya estaban municipalizados, incidiendo solo en la forma de gestión, una vez finalizado el contrato concesional y, por tanto, no es preciso seguir el procedimiento que señala la parte apelante; (iv) los órganos judiciales al resolver los recursos no están vinculados por las opiniones de la doctrina científica y los dictámenes aportados en la instancia, son informes al servicio de la defensa e intereses de la parte apelante y no han sido ratificados a presencia judicial.

3.1.4. Este motivo de impugnación también se rechaza por lo que a continuación se dice, dando por reproducidos los argumentos expuestos en la sentencia de instancia.

Como premisa es preciso señalar, por un lado, que la doctrina científica cumple una importante función ilustradora, pero no es vinculante para los órganos jurisdiccionales (lo mismo cabe decir de los dictámenes jurídicos aportados) y, por otro, que no existe una jurisprudencia clara sobre el tema que nos ocupa. Una sola sentencia, la STS de 1 de febrero de 2002, rec. casación 6139/1996, que invoca la parte apelante, no es suficiente para estimar que hay una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que aquí se debate. La sentencia, como las normas que se han de aplicar para resolverla, se han contextualizar. La razón que se expone en la mencionada sentencia para exigir el procedimiento previsto en el art. 86.1 de la LBRL para constituir una sociedad mercantil de capital municipal como forma de gestión directa en la prestación del servicio de gestión de residuos urbanos era evitar la huida del Derecho Administrativo cuando la Administración utilizaba personificaciones jurídico-privadas; huida que consistía sustancialmente en no someterse a las disposiciones de la contratación administrativa aplicables entonces

solo a las Administraciones Públicas, lo que no sucede ahora como consecuencia de la normativa europea sobre contratación pública en cuanto la legislación de contratos no solo es aplicable a aquellas sino al *sector público*, siendo para el Derecho europeo el carácter público o privado de la persona jurídica indiferente; lo relevante es que los fondos utilizados para contratar sean públicos. En consecuencia, el argumento sustancial de la mencionada sentencia para exigir la observancia del procedimiento regulado en el art. 86.1 de la LBRL no tiene ahora razón de ser, porque a las empresas creadas por la Administración Pública les es aplicable el régimen de contratación jurídico-publico con las garantías que ello conlleva. Sí nos interesa destacar, por lo que después se dirá, otra sentencia de las que se cita del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015, dictada en el recurso de casación 595/2013, porque en ella se dice con rotundidad que “el modo de gestión (directa o indirecta) no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio” (FJ 4º), lo que no ampara la línea argumental de la parte apelante en la que se viene a identificar municipalización/gestión directa/ monopolio frente a gestión indirecta/libertad de mercado.

La Sala estima, como en la sentencia de instancia, que no es exigible seguir el procedimiento previsto en los artículos 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLRL, para la adopción de un acuerdo, como el que se examina, en el que únicamente se decide sobre la forma de gestión, directa en este caso, de unos servicios públicos locales, que son de prestación obligatoria *en todo caso* para el Municipio (art. 26.1 de la LBRL) y que por disposición legal están *reservados* a favor de las Entidades Locales. El acuerdo impugnado *internaliza, no municipaliza* un servicio que por disposición legal es municipal.

Las normas se han de interpretar, como señala el art. 3.1 del C.C., según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En la sentencia de instancia no se hace una interpretación contraria a la que resulta de la interpretación literal y sistemática de los arts. 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLBR, como sostiene la parte apelante; por el contrario, es la sostenida por ella la que no es acorde a una interpretación conjunta de todos los criterios interpretativos señalados en el art. 3.1 del C.C.

El marco normativo en el que se dicta el acuerdo impugnado es muy distinto al vigente cuando se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Local mediante el Decreto 24 de junio de 1955 y el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

En el art. 164 de la Ley de 1955, incluido en la sección 3<sup>o</sup>, Municipalización de Servicios, se establecía que los municipios **podrán** explotar directamente servicios de naturaleza mercantil, industrial...y en el art. 166 que **podrán ser municipalizados con monopolio** los servicios de abastecimiento de aguas...recogida y aprovechamiento de basuras y los autobuses, tranvías...y demás medios de transporte dentro del término municipal. La municipalización del servicio estaba sometida a un procedimiento similar al regulado en el art. 97 del TRLRL con la diferencia de que la aprobación de la municipalización, con o sin monopolio, tenía que ser sometida al Ministerio de Gobernación. En el RSCL, dentro del Título Tercero “Servicios de las Corporaciones locales”, se regula la *Gestión directa de servicios* en el Capítulo tercero y dentro de este en la Sección 2.<sup>a</sup> la *municipalización y provincialización de los servicios económicos* y en el capítulo quinto la *Gestión indirecta de los servicios*.

La postura de la parte apelante parece responder a este esquema, como se ha dicho, de forma que para ella la opción por la gestión directa de los servicios litigiosos comporta *su municipalización* y para ello, como cualquier otra actividad económica que pudiera ejercer la Entidad local, debe seguir el procedimiento previsto en los arts. 86.1 de la LBRL y 97.1 TRLRL.

No se estima que sea así. Ha de tenerse en cuenta el cambio que comporta, en lo que aquí interesa, lo dispuesto en el art. 128.2 de la CE, en el que “se reconoce la *iniciativa pública en la actividad económica*”, lo que se reproduce para las Entidades Locales en el art. 86.1 de la LBRL. Esto no es municipalización, sino el reconocimiento que tienen las Entidades locales, como el Estado, para participar en la actividad económica en libre concurrencia con la economía privada.

En la Ley de 1955 no había una declaración genérica de competencia municipal para gestionar actividades económicas e industriales, aunque cabía su explotación mediante su *municipalización*, siguiendo un procedimiento que finalizaba con su aprobación por el Ministerio de Gobernación.

No había tampoco en la Ley de 1955 una reserva de determinados servicios o actividades a favor de las Entidades Locales, que sí la hay en el art. 86.2 de la LBRL, trasunto en el ámbito local de lo dispuesto en el art. 128.2 de la CE, conforme al cual “*Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio*”. Reserva que supone exclusión de la libertad de empresa, atribución exclusiva al Municipio del ejercicio de las actividades o servicios reservados, de forma directa o indirecta, que se encuentra justificada en la medida en que se trata de prestaciones que se consideran esenciales, indispensable para la vida individual y colectiva.

No son equiparables “**Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales** de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos...” del art. 86.2 de la LBRL con “**podrán** ser municipalizados con monopolio los servicios de abastecimiento de aguas....” del art. 166.1 de la Ley de 1955.

No se dice en el art. 86.2 LBRL que se podrán reservar, sino que se reservan en favor de las Entidades Locales determinados servicios y actividades.



La interpretación literal, sistemática y finalística de los arts. 86.1 y 2 de la LBRL y 97.1. y 2 del TRLBRL no conduce a la conclusión que sostiene la parte apelante.

El apartado 1 de artículo 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLBRL se refieren al procedimiento que ha de observar la Entidad local para ejercer una actividad económica, que no sea ya un servicio público local, por haberle atribuido la Ley la competencia para desempeñar la actividad prestacional de forma voluntaria u obligatoria

Los procedimientos y sus trámites tienen un fin.

Si el fin del procedimiento previsto en el art. 86.1 de la LBRL es, según dispone dicho precepto, *acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida*, esto es, la procedencia de que se ejerza la actividad económica de que se trate por la Entidad Local, carece de objeto tramitarlo cuando se trata de un servicio de los que forman parte del haz de competencias del Municipio, con ocasión del cambio de su forma de gestión, como es el caso, puesto que ya el legislador le ha atribuido esa actividad prestacional como competencia.

Solo será precisa la observancia de ese procedimiento, más los requisitos adicionales que se mencionan en el art. 86.2 de la LBRL y 97.2 de la TRLBRL, cuando se trate de los servicios esenciales reservados que se mencionan en el primer precepto y se pretenda su efectiva ejecución en régimen de monopolio. Y ello es congruente con el fin perseguido con ese procedimiento en el que no se ha de acreditar, como en el supuesto del art. 86.1 de la LBRL, la conveniencia de ejercer esa actividad económica, **sino la conveniencia de ejecutarla en régimen de monopolio**. La parte apelante reproduce en su recurso de apelación el art. 97.1. y 2 del TRLRL y subraya en negrita aquellos incisos del precepto que interesan a su tesis para sostener que la interpretación sistemática de ese precepto con el art. 86 de la LBRL conducen a la exigencia de la observancia del procedimiento previsto en el art. 97.1 para el ejercicio de cualquier actividad económica por la Entidad local, aunque esté comprendida entre sus competencias, omitiendo precisamente el subrayado de lo que justifica este procedimiento cuando se trata de actividades reservadas: *la acreditación de la conveniencia de que se ejecuten efectivamente el*

*régimen de monopolio*, lo que a sensu contrario, supone que no es necesario cuando no se acuerda su ejecución efectiva en este régimen. Que es lo que sucede en este caso.

Lo expuesto, comporta que no se estima inválido el acuerdo impugnado porque no se hayan observado los trámites procedimentales que denuncia la parte apelante.

En definitiva, la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos corresponde al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.1.f de la LBRL); constituye una decisión de carácter discrecional, que tiene un contenido político, no predeterminado por el Derecho, de modo que la Administración decide entre las formas de gestión legalmente previstas con un margen de libertad, condicionado por la sujeción de su actuación a la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE), que no puede ser arbitraria (art. 9.3 CE) y al cumplimiento de los requisitos materiales y formales establecidos en el art. 85.2 de la LBRL.

3.2. El segundo motivo de impugnación se funda en que la sentencia apelada es contraria a derecho porque considera inaplicables los artículos 86.2 de la LBRL y 97.2 del TRRL, que regulan la efectiva ejecución en régimen de monopolio de los servicios y los acuerdos impugnados son inválidos por haber omitido los trámites procedimentales establecidos en esos preceptos (informe de la autoridad de defensa de la competencia y acuerdo de gobierno de la Comunidad Autónoma).

3.2.1. En el punto 3º del fundamento de derecho tercero se dice sobre este punto que:

**“Ese acuerdo (el recurrido) no adopta ninguna decisión sobre la efectividad de la reserva prevista en el artículo 86,2 de la LBRL ni tampoco sobre la efectiva ejecución del servicio en régimen de monopolio”.**

3.2.2. La parte apelante alega que previamente a los acuerdos impugnados los servicios de que se trata se gestionaban de forma indirecta y ello permitía la libre competencia y la libre concurrencia entre las empresas del sector a través de la

participación en licitaciones públicas para la adjudicación de contratos administrativos de gestión de los servicios; en cambio, ahora, ninguna empresa puede competir ni concurrir para desarrollar la actividad de prestación de estos servicios, pues solo puede llevarla a cabo la EPEL, lo que supone la existencia materialmente de un monopolio público, aunque formalmente no se haya adoptado un acuerdo en ese sentido: las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. La falta de ese acuerdo y del procedimiento legalmente establecido para adoptarlo, con arreglo al art. 86.2 de la LBRL es lo que determina la invalidez de los acuerdos. La Administración demandada no ha demostrado cómo cualquier empresa puede concurrir para desarrollar los servicios litigiosos en régimen de libre concurrencia y ha quedado acreditado que nunca ha adoptado el acuerdo de prestación de los servicios litigiosos en régimen de monopolio.

3.2.3. El Ayuntamiento apelado se opone alegando que los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales en ningún momento han dejado de ser públicos y los acuerdos impugnados solo deciden la forma de su gestión, pero no su prestación en régimen de monopolio, por lo que no es preciso seguir el procedimiento específico legalmente previsto para la efectiva ejecución del servicio en régimen de monopolio.

3.2.4. Este motivo de impugnación se desestima porque, como se dice en la sentencia de instancia, el acuerdo impugnado solo decide la forma de gestión directa del servicio, pero no la efectiva ejecución del servicio en régimen de monopolio.

Se indica en la sentencia de instancia que el servicio de abastecimiento de agua se ha prestado de forma directa a través de una sociedad municipal desde el año 1983 hasta el día 30 de junio de 1997 y el servicio de alcantarillado se ha prestado por el propio Ayuntamiento sin ente instrumental ni órgano especial. A partir del día 1 de julio de 1997, ambos servicios, es decir el de abastecimiento de agua y el de alcantarillado, se han prestado de una manera indirecta utilizando la concesión. En el año 2005 se firma la contratación con la entidad mercantil Aguas de Valladolid, SA

con el objeto de explotar, mediante una concesión administrativa, el servicio de depuración de aguas residuales. A partir de la fecha indicada y hasta el día 30 de junio de 2017, el servicio completo, es decir el suministro del agua, el alcantarillado y la depuración de aguas residuales, se ha prestado por Aguas de Valladolid, SA mediante un contrato administrativo de concesión.

De la Ley (art. 86.2. de la LBRL) no resulta que los servicios obligatorios reservados deban prestarse necesariamente en régimen de monopolio. Solo si efectivamente los ejecutan en régimen de monopolio debe observarse el procedimiento previsto en el art. 97.2 del TRLBRL.

El monopolio comporta para la Corporación, como señala el art. 51 del RSCL, las facultades de impedir el establecimiento de empresas similares dentro del correspondiente territorio jurisdiccional y expropiar las que ya estuvieran instaladas con rescate de las concesiones.

El Ayuntamiento de Valladolid no precisa hacer efectiva la ejecución de los servicios que se trata en régimen de monopolio porque no tiene que expropiar ni rescatar ninguna concesión. La existente se extinguió, sin posibilidad de prórroga el 30 de junio de 2017.

Las cosas son lo que son, como dice la apelante, y la situación actual no es distinta a la que había cuando la concesionaria -y solo ella- prestaba el servicio. Viene al caso, volver a citar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015, dictada en el recurso de casación 595/2013, porque en ella se dice con rotundidad que “el modo de gestión (directa o indirecta) no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio” (FJ 4º). Materialmente, antes -y ahora- se prestaba el servicio por un solo operador. Tampoco cuando se otorgó la concesión se acordó ejecutar en régimen de monopolio la prestación de los servicios de que se trata y, no obstante, lo cual, ningún otro operador los ha prestado durante la vigencia de la concesión. Las propias características de estos servicios pueden determinar esta consecuencia; pero lo cierto es que el Ayuntamiento apelado no precisa ejercer las facultades que comporta el régimen de monopolio y, por tanto, los acuerdos impugnados no son inválidos por no haber observado el procedimiento previsto en el art. 97.2 del TRLBRL.

3.3. El tercer motivo de impugnación se refiere a que la sentencia es contraria a derecho al negarle su derecho al trámite de audiencia en el procedimiento de aprobación de los acuerdos impugnados, a pesar de tener la condición de interesado y de haber solicitado expresamente su personación y la concesión de ese trámite.

3.3.1. Este motivo de impugnación, que ahora se reitera, se rechaza en el punto 2º del fundamento de derecho sexto de la sentencia apelada, con estos argumentos:

“Hay que empezar señalando que en la normativa específica aplicable no está previsto en trámite de audiencia en el procedimiento que hay que seguir para decidir sobre la forma de gestión de los servicios públicos de titularidad municipal. A lo anterior hay que añadir que la condición de interesado, cuando, como ocurre en el presente caso, no se ha iniciado el procedimiento ni están afectados derechos subjetivos, se obtiene, y así se deduce de lo dispuesto en el artículo 31,1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando se produce la personación en el procedimiento aun no resuelto. La entidad demandante se dirige al Ayuntamiento demandado mediante escrito presentado el día 24 de abril de 2016 solicitando que se le reconociera la condición de interesada y se le diera vista y audiencia. En ese momento, atendiendo al estado de tramitación del procedimiento, no se cumplía el requisito que obliga a dar trámite de audiencia a los interesados al estar elaborada la propuesta de resolución. Por último hay que indicar que la omisión del trámite de audiencia, aunque fuera preceptivo, no supone una infracción calificable como nula de pleno derecho en los términos previstos en el artículo 62,1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que es la que alega la parte demandante siendo ello así porque esa omisión no hace que se haya prescindido, total y absolutamente, del procedimiento establecido sino de un trámite puramente formal del que no puede deducirse que haya generado alguna indefensión a la entidad demandante”.

3.3.2. La mercantil apelante sostiene que la sentencia es contraria a derecho porque (i) no aplica la norma básica del art. 84 de la Ley 30/1992, en el que se establece el derecho de todo interesado al trámite de audiencia sin excepciones; (ii) no entra a valorar su condición de interesada, de conformidad con lo establecido en el art. 31.1.b) de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento decide sobre su futura plantilla; (iii) permite que se vulnere el derecho al trámite de audiencia de un interesado, beneficiando al Ayuntamiento de su falta de transparencia; (iv) no aprecia que le ha causado efectiva indefensión la omisión del referido trámite.

3.3.3. Se opone el Ayuntamiento apelado argumentando que la mercantil carece de legitimación determinante de la inadmisibilidad del recurso y, en todo caso, la omisión del trámite de audiencia no determina que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ni ha causado efectiva indefensión a la parte apelante.

3.3.4. El motivo de impugnación se desestima por las razones expuestas en la sentencia de instancia, a lo que cabe añadir que no hay contradicción entre el reconocimiento de la legitimación de la mercantil apelante y el que no se estima que su falta de audiencia en el expediente sea determinante de la invalidez de los acuerdos impugnados, porque aquella se ha reconocido en los términos que se han expuesto anteriormente; la apelante es interesada, con arreglo a lo dispuesto en el art. 31.1.c) de la Ley 30/1992, no conforme al apartado b) de dicho precepto, puesto que no tiene *derechos* de los que sea titular que resulten afectados por la decisión que se tome y, en consecuencia, adquiere la condición de interesada cuando se persona en el procedimiento y lo ha hecho el 24 de diciembre de 2016, cuando ya se había formulado la propuesta de resolución y había terminado la fase de instrucción; no cita qué norma sobre transparencia, cuya falta denuncia, se ha infringido; se ha de tener en cuenta y, esto es fundamental, que el acuerdo impugnado no modifica la forma de gestión a través de la que se estaban prestando los servicios litigiosos en vía administrativa (la concesión), puesto que esta se extinguía por finalización de su plazo de vigencia, sino que con él el Ayuntamiento ejerce su potestad de autoorganización de los servicios públicos optando por una de las formas previstas en la Ley; por otro lado, en la vía administrativa se ha dado respuesta a lo que planteaba en la resolución del recurso de reposición y en el proceso ha suscitado cuantas cuestiones ha estimado pertinentes; no se ha aprecia por ello, que haya sufrido indefensión y, sin concurrir ninguna otra vulneración normativa, resultaría desproporcionado y contrario a la economía procesal, anular los acuerdos impugnados para oír a una interesada, no titular de un derecho directamente afectado por la resolución, cuando ya se ha contestado en ambas vías a las cuestiones suscitadas por ella.

3.4. El cuarto motivo de impugnación: la sentencia es contraria a derecho al no haber apreciado que el procedimiento de aprobación de los acuerdos impugnados había caducado por transcurso del plazo máximo para resolver.

3.4.1. Se rechaza la caducidad del procedimiento en el punto 1º del fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

“1ª En primer lugar hay que indicar que, atendiendo a la tesis que sostiene la parte demandante, concretada, en lo esencial, en aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del TRRL, puesto en relación con los artículos del Reglamento de Servicios que la propia parte demandante cita, el plazo de duración del procedimiento no puede ser de tres meses dado que el cumplimiento de los trámites de ese procedimiento supera ese plazo.

2ª En segundo lugar hay que poner de manifiesto, siendo esto de especial trascendencia, que el procedimiento seguido por la Administración demandada no lo es para ejercer potestades de intervención. El servicio público es, por su propia naturaleza, una actividad administrativa de prestación resultando que la decisión sobre la forma de gestión de ese servicio público no puede tener una naturaleza diferente al ser consustancial a la prestación del mismo.

3ª Por último hay que señalar que la decisión sobre la forma de gestión de un servicio público es interna y forma parte de la llamada potestad de autoorganización de la Administración debiendo insistirse en que ni es de intervención ni tampoco de gravamen y en que la entidad demandante no ha dejado de ser concesionaria de los servicios por esa decisión sino por cumplimiento, al transcurrir el plazo acordado, del contrato y ello con independencia, tal y como se ha dicho en el fundamento de derecho anterior, que esa posición de “antigua” concesionaria se deba, y así se ha hecho, tener en cuenta para decidir sobre la existencia de legitimación activa”.

3.4.2. La mercantil apelante sostiene que el procedimiento para aprobar los acuerdos impugnados está sujeto al plazo de 3 meses, puesto que la norma que lo regula no contempla otro específico; es un procedimiento de oficio y en él se ejercen potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables, porque la aprobación de la gestión directa de los servicios supone la eliminación de la libre competencia y la libre competencia, habiendo vulnerado la sentencia de instancia los arts. 42 y 44.2 de la Ley 30/1992.

3.4.3. El Ayuntamiento apelado se opone a este motivo de impugnación por las razones que se exponen en la sentencia a la que se remite.

3.4.4. Este motivo de impugnación se desestima por las razones expuestas en la sentencia de instancia, a lo que se añade lo que sigue.

Es preciso volver a destacar que la apelante no se ve privada de la concesión por el acuerdo impugnado sino por expiración del plazo de vigencia de aquella. Por tanto, no se está ejercitando una potestad de intervención sobre ella. Mediante el acuerdo impugnado se está ejercitando una potestad de autoorganización de los servicios públicos que compete a los Entes locales (art. 4 LBRL) y en el contexto de la autonomía local, incluyendo esa potestad de autoorganización la de elegir su forma de gestión, con arreglo al art. 30 RSCL. La eliminación de la libre concurrencia y la libre competencia no resulta de la decisión de optar por la gestión directa por parte de la Entidad local, es la Ley la que las excluye en los servicios obligatorios reservados, abriéndose la libre competencia solo transitoriamente hasta el momento de la adjudicación de la concesión administrativa a un operador económico en el caso de que se opte por la gestión indirecta del servicio. La finalidad de la norma que sanciona con la caducidad el incumplimiento del plazo para resolver y con la no interrupción de la prescripción del procedimiento caducado es una finalidad garantista, la de evitar que el concernido por el procedimiento iniciado de oficio soporte indefinidamente una situación de inseguridad e incerteza en el marco de un procedimiento en el que puede recaer una resolución que personalmente le produzca un efecto desfavorable o de gravamen y en el supuesto enjuiciado no se sigue el procedimiento frente a ningún interesado concreto.

En definitiva, la decisión sobre la forma de gestión de unos servicios públicos esenciales como son los litigiosos es una cuestión que afecta al interés general y que es conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento, por lo que no resultaría aplicable la caducidad, con arreglo al art. 92.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.5. En el quinto de motivo de impugnación la apelante sostiene que la sentencia es contraria a derecho por vulnerar lo establecido en los artículos 85.2 de la LBRL y 59 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL). Errónea valoración de la prueba



practicada con la que se acredita que los acuerdos impugnados vulneran los límites de la potestad discrecional.

3.5.1 En la sentencia apelada se dice sobre este extremo en el punto 5º del FJ SEXTO:

“1º El escrito aportado por la Administración demandada, que es el resultado de la prueba practicada a instancias de la parte demandante en otro procedimiento diferente al presente aunque relacionado con el mismo, consistente **en la decisión adoptada por la Oficina Nacional de Contabilidad considerando que la Entidad Pública Empresarial “Agua de Valladolid, EPE” no se sectoriza, a efectos del SEC 2010, como “Administración Pública” sino dentro del Sector Sociedades no Financieras, Subsector Sociedades no Financieras Públicas, es relevante no solo por el sujeto autor de dicho documento, del que no existen razones para dudar de su independencia y de su imparcialidad ni tampoco de los conocimientos necesarios sobre la materia, sino también porque desvirtúa todo lo dicho por los profesores de la Universidad de Valencia, Señor Montesinos y Sra. Dasi, sobre la consideración de la Entidad Pública Empresarial, a efectos del SEC 2010, dentro del sector de “Administraciones Públicas” y sobre el error que por esa razón atribuyen al Señor Interventor Municipal.** Desde luego, este Órgano Judicial da, por las razones indicadas, el máximo valor a esa decisión de la Oficina nacional de Contabilidad y a los efectos que produce sobre el informe pericial aportado por la parte demandante, que, sin dudar de los conocimientos y de la profesionalidad de sus dos autores, es un informe de parte y como tal ha de ser valorado.

2º Con independencia de lo anterior, hay que señalar que este Órgano Judicial, al valorar el resultado de la prueba practicada, **da especial importancia al informe emitido por el Señor Interventor Municipal y lo hace no sólo por su condición de funcionario público sino también por su consideración de órgano interno de control y fiscalización dotado de un especial estatus en garantía del ejercicio de su función con independencia e imparcialidad.** Ese informe, que se ha hecho una vez concluido el expediente y antes de realizar los trámites para su aprobación, lo que permite entender que se ha conocido toda la documentación elaborada (folios 60 a 270 del expediente administrativo, viene a considerar, atendiendo a su contenido, y a reservas de las cautelas que hay que adoptar en la gestión y utilización de los recursos públicos para conseguir que la gestión sea eficiente, que se cumple lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL.

3º A mayor abundamiento, hay que hacer referencia, mediante transcripción literal, a lo que se dijo en la sentencia dictada por el Juzgado número 3 de los existentes en esta Ciudad en el Procedimiento Ordinario 14-2017 sobre esta cuestión, que tiene este contenido:

“Desde el punto de vista formal, hay que señalar que consta, y así se considera, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL dado que existe una memoria y se ha recabado y emitido informe del Interventor General del Ayuntamiento.

Atendiendo al contenido de la memoria, se considera que también cumple con lo exigido en el artículo 85,2 citado debiendo tenerse en cuenta que el artículo al que se ha hecho mención persigue, ante todo, evitar decisiones irracionales y no justificadas posibilitando una decisión que, sobre un

modelo teórico, ofrezca garantías de mayor sostenibilidad y eficiencia sin que ello impida la realización de los controles posteriores sobre el funcionamiento de la opción elegida y, en su caso, la adopción de las medidas correctoras que procedan para mantener los criterios de mejor eficiencia y sostenibilidad. Lo que se acaba de señalar resulta de lo siguiente.

1º Lo que exige el artículo es que la gestión de los servicios públicos, sea directa o indirecta, se lleve a cabo utilizando, de entre las previstas, la forma más sostenible y eficiente. El cumplimiento de la eficiencia y sostenibilidad se aplica para decidir sobre la forma de gestión del servicio, tanto de las directas como de las indirectas, aunque ello no es un requisito que tenga que cumplir la memoria dado que ésta solamente es necesaria para elegir dentro de las formas de gestión directa, concretamente entre las que suponen una descentralización funcional de carácter privado y las que suponen una descentralización funcional de carácter administrativo o una gestión sin esa descentralización mediante la utilización de los medios propios.

**2º La decisión sobre la utilización de una forma de gestión directa o una forma de gestión indirecta, sin que ello suponga prescindir de la necesidad de cumplir el requisito de eficiencia y sostenibilidad, cuenta, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/2016, de 3 de marzo, con “amplios espacios de opción organizativa”** sin que se observe que la decisión adoptada a favor de la gestión directa se haya hecho al margen de lo que resulta de la aplicación de los principios de sostenibilidad y eficiencia debiendo tenerse en cuenta que no se ha aportado una prueba de la que se pueda deducir la falta de cumplimiento de lo que se acaba de señalar.

**3º En la memoria se hace una descripción detallada del estado del servicio en la actualidad, tanto en lo que se refiere a las instalaciones como a su funcionamiento y a la necesidad de inversiones a realizar tomando como plazo el de 15 años así como también a los medios de financiación a utilizar. Hay que destacar la referencia que se hace respecto al déficit de inversión acumulada en los últimos años y la necesidad de invertir 232.000.000 de euros (sin IVA) a lo largo de 15 años. También hay que destacar, a la vista de la jurisprudencia, la opción por el sistema de tasas en lo que se refiere a la cantidad que ha de pagar el usuario del servicio. Respecto a esta opción hay que tener en cuenta la modificación llevada a cabo por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que califica, al modificar la Ley General Tributaria y el artículo 20 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, los importes que pagan los usuarios de un servicio público gestionado directamente mediante una personificación privada como “prestación patrimonial de carácter público no tributario” debiendo aprobarse al respecto la correspondiente ordenanza con el trámite previsto para ello.**

4º Las páginas 65 y siguientes de la memoria están dedicadas a determinar y razonar la elección del sistema de gestión. En dichas páginas se concluye que la gestión directa es la forma más eficiente de gestionar el servicio y dentro de ésta se considera que la entidad pública empresarial es la más sostenible y eficiente. Esta conclusión resulta de los modelos económicos utilizados y de las variables consideradas considerando el incremento de tarifa y las necesidades de financiación. Se analizan la gestión indirecta mediante sociedad mixta y mediante concesión y dentro de la gestión directa el análisis se hace sobre las cuatro formas previstas en el artículo 85,2 concluyendo, como se ha dicho, que la opción por la entidad pública empresarial es la más eficiente y sostenible por las razones que se recogen en las páginas 69 a 71, que se dan aquí por reproducidas. **El análisis que se realiza sobre la elección del sistema de gestión contempla aspectos cuantitativos y cualitativos y se apoya en**

los datos sobre “Previsión de Cuentas de Resultados a 15 años”, que se recogen en los cuadros anexos en los que se compara la evolución de la financiación, del cash flow ...etc (folios 231 y siguientes del expediente).

En cualquier caso hay que señalar que **la opción entre la gestión directa y la gestión indirecta no puede hacerse al margen de lo que resulta de lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, que exige, respecto a la gestión indirecta, que es la que se articula mediante un contrato de naturaleza administrativa, una justificación expresa y un descarte de la opción directa por lo que aquella, es decir la gestión indirecta, ha de considerarse subsidiaria respecto a la gestión directa (artículos 22 y 109 de la LCSP)** salvo, circunstancia que no ocurre en el presente caso, que la gestión indirecta ofrezca unos resultados sobre la eficiencia y la sostenibilidad mucho mejores que la gestión directa.

5º En la memoria consta un informe sobre el impacto en el presupuesto del Ayuntamiento de Valladolid de la forma de gestión propuesta, es decir de la directa mediante una entidad pública empresarial (folios 265 y siguientes del expediente). En este informe se concluye **que la opción elegida (por error se habla de gestión directa por órgano especial) cumple con los principios directores de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera**, tanto en el propio ente que se crea como en el Ayuntamiento. En dicho informe se señala, de manera expresa, que el nuevo ente que se crea es estable y financieramente sostenible.

Respecto **al informe del Interventor General del Ayuntamiento** (folios 114 y siguientes del expediente) hay que poner de manifiesto que su emisión cumple con lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL. Del contenido de dicho informe hay que destacar lo siguiente:

1º No resulta aplicable la prohibición señalada en la Disposición Adicional Novena de la LBRL dado que **el Ayuntamiento de Valladolid, en el año 2016, no tiene ningún Plan Económico-Financiero ni tampoco Plan de Ajuste.**

2º Se analiza **la naturaleza de las prestaciones que paga el usuario del servicio (en aquel entonces tasas) y la ausencia de reparos para que la función de recaudación pueda llevarse por la propia entidad pública empresarial**, aunque respetando la atribución que la ley realiza a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

3º La opción de la gestión mediante una entidad pública empresarial está suficientemente justificada en cuanto que la propuesta cumple con todos los requisitos (señalados).

4º **Respecto a la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, se considera que todos los modelos cumplen en tanto que prevén la autofinanciación a través de las tasas sin requerir recursos propios del Ayuntamiento.**

Siendo esto así, hay que entender que **el modelo elegido no tiene ninguna incidencia negativa sobre el sistema de pago a proveedores del Ayuntamiento ni tampoco respecto al cumplimiento del plazo de pago** descartándose que el Ayuntamiento asuma unos compromisos económicos de futuro en los términos que se señalan en el escrito de demanda.

5º Las conclusiones finales del informe no dejan lugar a dudas sobre el sentido del informe emitido por el Interventor General, que ha de considerarse favorable sobre la opción elegida debiendo tenerse en cuenta, y así se recoge en la conclusión final, que **aunque la gestión directa por el Ayuntamiento (sin órgano especial) presenta un mejor resultado económico no puede considerarse que ello sea un**

dato relevante y determinante en cuanto que su diferencia no es relevante señalando que el organismo autónomo no es procedente dado que la actividad a realizar tiene carácter prestacional respecto a un servicio financiado mayoritariamente por ingresos de mercado a efectos SEC ((Sistema Europeo de Contabilidad))”.

En el presente caso, al contrario de lo que ocurría en el Procedimiento resuelto por la sentencia citada, la parte demandante, como ya se ha dicho anteriormente, ha aportado varios informes técnicos mediante los que, en lo esencial, se trata de acreditar la existencia de errores en la Memoria aprobada así como la incorrección del informe emitido por el Señor Interventor Municipal concluyendo, básicamente, que la gestión indirecta del servicio es una opción más sostenible y eficiente que la gestión directa y, dentro de ésta, que la realizada por una Entidad Pública Empresarial. Concretamente en el informe emitido el día 13 de marzo de 2017 por Don Sergio Aranda y por Don Carlos Lara Castro se contiene una referencia específica (Anexo VII) a las ventajas y beneficios del Operador Privado, así como la evolución de las principales ratios de eficiencia.

El contenido de dichos informes, como también se ha dicho, no permite entender que la decisión adoptada por el Ayuntamiento demandado sea arbitraria y carente de fundamento ni tampoco que la forma de gestión elegida no sea la más eficiente y la más sostenible debiendo dar por reproducido lo que se ha dicho en la consideración 4ª del fundamento de derecho Cuarto anterior.

Por último hay que indicar, y así lo ha puesto de manifiesto la representación procesal del Ayuntamiento demandado en el escrito de conclusiones, (1) que **en el año 2017 la situación financiera y presupuestaria del Ayuntamiento de Valladolid es estable en cuanto que la ejecución del presupuesto de ese ejercicio arroja un Ahorro Neto y un Remanente de Tesorería positivos siendo inferior la deuda viva a 31 de diciembre de 2017 respecto a la que existía al día 1 de enero de ese año;** (2) que **la puesta en marcha de la opción elegida, hecho ocurrido el día 1 de julio de 2017, no ha producido los riesgos que se indican en los informes aportados por lo que no se han cumplido las previsiones negativas referidas en los mismos”;**

3.5.2. La mercantil apelante sostiene para fundar este motivo de impugnación que: (i) el art. 85.2 de la LBRL obliga al Ayuntamiento de Valladolid a justificar que la gestión directa con EPEL será más sostenible y eficiente que la gestión indirecta y que las demás modalidades de gestión directa, incurriendo la sentencia de instancia en error en la interpretación al referir la exigencia de “mayor eficiencia y sostenibilidad” al posterior desarrollo de la gestión de los servicios y no al momento de escoger la forma de gestión de los mismos; (ii) los arts. 45 y 59 del RSCL están vigentes y deben ser aplicados, no han sido derogados por el Real Decreto 1098/2001, y conforme a ellos el Ayuntamiento de Valladolid solo puede escoger una forma de gestión directa de los servicios litigiosos si aporta mayores ventajas para los usuarios que la gestión indirecta, justificándolo; (iii) los arts. 109 y 22 del TRLCSP no suponen una preferencia del legislador por la gestión directa sobre la

gestión indirecta; (iv) la sentencia de instancia efectúa una incorrecta valoración de la prueba: no es admisible la preeminencia absoluta que se otorga al informe del Interventor municipal sin valorar críticamente los informes periciales aportados que lo cuestionan; informes que demuestran que la gestión directa presenta un muy alto riesgo para el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; el informe del Interventor municipal incumple la obligación exigida por el art. 85.2 de la LBRL al no valorar la sostenibilidad financiera; el informe del Interventor se funda en una norma derogada (el SEC 95) y no ha tenido en cuenta la norma vigente más exigente (SEC 2010) a efectos de determinar si la EPEL debe ser calificada como “Administración Pública”, lo que ha supuesto una deficiente sectorización de la EPEL como “productor de mercado” en lugar de como “Administración Pública” a efectos del SEC 2010, lo que habría obligado a consolidar las cuentas de la EPEL con el Ayuntamiento; los informes de los profesores Montesinos y Dasi acreditan que la aprobación de la gestión directa mediante EPEL de los servicios de que se trata es una operación de muy alto riesgo, atendiendo a la precaria situación financiera del Ayuntamiento de Valladolid y a la necesidad de inversiones y otros costes de la gestión de los servicios litigiosos y que la Memoria incurre en los errores objetivos que detalla.

3.5.3. El Ayuntamiento apelado se opone en este punto aduciendo que la sentencia valora correctamente la prueba practicada en su conjunto.

3.5.4. El motivo de impugnación se desestima por lo que a continuación se expone, dando por reproducidos los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia antes mencionados y en el punto 4º del FJ CUARTO.

La sentencia apelada no incurre en error en la interpretación al referir la exigencia de “mayor eficiencia y sostenibilidad” al posterior desarrollo de la gestión de los servicios y no al momento de escoger la forma de gestión de los mismos; ni son aplicables al caso los arts. 45 y 59 del RSCL conforme a los cuales, según la apelante, el Ayuntamiento de Valladolid solo puede escoger una forma de gestión

directa de los servicios litigiosos si aporta mayores ventajas para los usuarios que la gestión indirecta, justificándolo.

El art. 85.2 es norma posterior y de superior rango que el RSL. Antes de la reforma del mencionado precepto por el art. 1.21 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, no se establecía ninguna preferencia entre las formas de gestión, directa o indirecta mediante las que se podía gestionar los servicios públicos locales (esto es, los que prestan las entidades locales en el ejercicio de sus competencias) ni entre las distintas modalidades de gestión directa.

La modificación introducida por la Ley 27/2013 en el art. 85.2 de la LBRL establece expresamente una preferencia por las modalidades a) y b) comprendidas dentro de la gestión directa frente a las de los apartados c) y d) exigiendo que quede acreditado mediante memoria justificativa que resultan más sostenibles y eficientes que las formas previstas en los apartados a) y b); no hay, por el contrario, una exigencia de acreditación de que sea más sostenible y eficiente la gestión directa que la indirecta de los servicios públicos de competencia local y, de haberse querido, expresamente se hubiera dicho como se hace para las modalidades de gestión directa. Lo que se requiere es que cualquiera que sea la forma de gestión por la que se opte dicha gestión se efectúe de la forma más sostenible y eficiente, lo cual es aplicable a cualquier uso de los recursos públicos locales, en cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia, consecuencia de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y que trae causa de la reforma del art. 135 CE efectuada en el año 2011.

Los arts. 45 y 59 del RSCL, en cuanto exigen que en la Memoria que se ha de elaborar se determine que la municipalización ha de reportar a los usuarios mayores ventajas respecto de la iniciativa privada o la gestión indirecta, tienen encaje en relación con el ejercicio de las actividades económicas de las Entidades locales que han de someterse al procedimiento previsto en el art. 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLRL, en el que se ha de acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida,

que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y debe contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, **a la rentabilidad** y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Pero, como se ha dicho, anteriormente los servicios litigiosos no están sometidos a ese procedimiento en cuanto son servicios públicos locales por disposición legal, proyectándose el examen de la sostenibilidad y eficiencia de su gestión solo sobre sus propios recursos públicos, económicos y materiales. Por ello, lo que se exige, con arreglo a lo dispuesto en el art. 85.2 de la LBRL, es que conste en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados, recabándose informe del interventor local quien ha de valorar la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y, en el caso, como sucede en el supuesto enjuiciado, que se opte por una de las formas previstas en los apartados c) y d) dentro de la gestión directa, que quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), pero no que quede acreditado esto mismo en relación con la gestión indirecta.

No se aprecia que se haya incurrido en la sentencia de instancia en error en la valoración de la prueba. Reiteradamente ha dicho la Sala que si en el recurso de apelación se cuestiona la valoración de la prueba hecha en instancia (v. nuestra STSJ de 30 de abril de 2004 -EDJ 2004/51007-) ha de prevalecer la apreciación realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano "a quo" ha incurrido en error al efectuar tal operación, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica. Ello porque, a salvo de alguna prueba que se practique en la apelación, normalmente es el órgano judicial de instancia quien practica de forma directa las pruebas, con observancia del principio de inmediación y en contacto directo con el material probatorio, con lo que estará en mejor posición en

tal labor de análisis de la prueba que la que tendrá la Sala que conozca de la apelación.

Se ha subrayado en **negrita** aquellos extremos de la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de instancia, a efectos de evitar reproducciones innecesarias, que evidencian la ponderada y razonable valoración que se efectúa de la prueba practicada, poniéndose de relieve que es erróneo lo dicho por los peritos de la parte apelante sobre la consideración de la Entidad Pública Empresarial, a efectos del SEC 2010, dentro del sector de “Administraciones Públicas” y sobre el error que por esa razón atribuyen al Señor Interventor Municipal; así como la mayor objetividad e imparcialidad que se presume del informe del Interventor municipal; se estima relevante, igualmente, lo dicho en la sentencia de 14 de noviembre de 2017, dictada en el P.O. 14/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Valladolid, en el que se impugnaba el mismo acuerdo que el recurrido por la apelante, el de 30 de diciembre de 2016, por la Abogacía del Estado al amparo del art. 86.3 de la LBRL, conforme al cual la Administración del Estado puede impugnar acuerdos como el que se trata cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Sentencia que es desestimatoria y no consta que se haya recurrido.

Sobre los errores objetivos que dice la apelante han demostrado los peritos Srs. Aranda y Lara (i) sobre el importe de las inversiones a realizar, señalar que la reducción a 178.500.000 € desde los 232.000 € inicialmente estimados, está justificada en el folio 38 de la Memoria y está constatado el déficit de inversión en el folio 81 del informe denominado “el ciclo urbano del agua” en el que se dice **“las instalaciones que forman parte del ciclo urbano del agua arrastran un déficit de inversión acumulado de 20 años de vigencia de la concesión debido a que no se han realizado las inversiones que hubiera requerido si correcta conservación”**. El déficit de inversión afecta a todos los posibles modelos económicos contemplados y por ello se distingue entre la inversión prevista y la sostenible, siendo esta última la única viable con cualquiera de los modelos económicos que se contemplan; (ii) sobre el calendario de ejecución de las inversiones urgentes que habría que ejecutar de manera inmediata, cuantificadas inicialmente en 84 millones de euros, reducidos a 59,5 millones de euros en la



Memoria, lo que, a juicio, de la apelante provocará un perjuicio para el buen funcionamiento y continuidad del servicio o una necesidad de mayor endeudamiento y un mayor incremento de las tarifas, señalar que el perjuicio será bastante menor que el derivado de la no realización de las inversiones precisas en los años anteriores por la concesionaria; (iii) sobre la discriminación entre las formas de gestión directa y las formas de gestión indirecta, al imponer a la gestión directa unas obligaciones de financiación adicionales que se exoneran a la gestión directa, (iv) sobre que los modelos económicos son incoherentes en la Memoria porque se reconoce en ella que la gestión indirecta reporta unos beneficios que no se ven reflejados en el ejercicio comparativo que se hace de los modelos económicos; y (v) sobre que sea incorrecto que en la Memoria se plantee como más eficiente y sostenible las formas de gestión directa sobre la indirecta por el hecho de que en la gestión indirecta hay un socio privado que busca beneficio, señalar que estas consideraciones no son relevantes para la pretensión anulatoria del acuerdo impugnado por los razonamientos antes expuestos en los que se ponía de relieve que lo exigible es que quede acreditada la sostenibilidad y eficiencia de su gestión solo sobre sus propios recursos públicos, económicos y materiales, lo que ha quedado probado en los términos expuestos en la sentencia de instancia, que se han dado por reproducidos.

3.6. En el sexto motivo de impugnación se alega que la sentencia es contraria a derecho por vulnerar normas imperativas aplicables a la subrogación de trabajadores de Aguas Valladolid, S.A., por la EPEL (vulneración del art. 44 del ET, de las normas restrictivas de la contratación del personal por parte del sector público y las normas de acceso al empleo público.

3.6.1. Sobre este extremo se dice en el punto 4º de la sentencia de instancia:

“Lo señalado en la Memoria aprobada es un mero análisis sin que pueda tener la condición de “decisión administrativa” a efectos de poder determinar que se ha incumplido la normativa aplicable. A lo anterior hay que añadir que el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 no decide nada sobre la subrogación de trabajadores. Por último, hay que reproducir, debiendo tenerse en cuenta, además, lo indicado en la consideración 5ª del fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, lo dicho en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-

administrativo número 3 de los existentes en esta Ciudad sobre esta cuestión (P-O 14-17), que tenía, en lo que ahora importa, el siguiente contenido:

“se considera que los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos sobre la contratación de personal no constituyen un impedimento para hacer eficaz el acuerdo adoptado ni, por lo tanto, hacen que dicho acuerdo carezca, por imposibilidad de llevarlo a cabo, de la sostenibilidad y eficiencia exigidas por la Ley. Hay que tener en cuenta, y así lo ha acreditado la Administración demandada, que existe un acuerdo de la entidad pública empresarial creada sobre subrogación de trabajadores de la antigua concesionaria, que está adoptado en un momento, mayo de 2017, en el que no se aplican los límites de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 ni tampoco, en el momento de ser eficaz dicho acuerdo, incumple lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 dado que los límites señalados en la Disposición Adicional Décima Quinta no excluyen, a criterio de este órgano judicial, la aplicación de la legislación laboral concretamente lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no resultando aplicable a las entidades públicas empresariales el contenido de la Disposición Adicional 26 de la Ley de Presupuestos citada. Hay que tener en cuenta, además, que la contratación del gerente se ha tenido que llevar a cabo después del día 1 de enero de 2017 y antes del día 29 de junio del mismo año fechas en las que no existían límites derivados de la aplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

3.6.2. La parte apelante sostiene que los acuerdos impugnados son contrarios a Derecho porque tienen como efecto la subrogación de sus trabajadores y diseñan las condiciones de cómo se producirá; incumplen el art 44 del Estatuto de los Trabajadores, porque los trabajadores no mantienen todos sus derechos laborales; incumplen las reglas de acceso al empleo público al otorgar a los nuevos trabajadores el ilegal y antijurídico estatus de “trabajador indefinido no fijo” e incumplen las restricciones a la contratación de personal por parte del sector público establecidas en la Ley general de Presupuestos del Estado aplicable.

3.6.3. El Ayuntamiento demandado se opone alegando que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación son mera reiteración de los efectuados por la recurrente en la instancia y que han sido debidamente rebatidos por la sentencia apelada a la que se remite.

3.6.4. Este motivo de impugnación se rechaza, por las razones expuestas en la sentencia de instancia y por lo que a continuación se dice.

La disposición adicional vigésima sexta, apartado primero a) y b) de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, ha sido declarada inconstitucional por la STC 122/18, de 31 de octubre. Dicha disposición establecía "Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral...". **Se dice en la referida sentencia (FJ 4) que dicha disposición** "tiene como finalidad limitar la incorporación, como personal al servicio de la administración pública, de los trabajadores allí referidos. En el preámbulo de la Ley 3/2017 se justifica la medida en estos términos: "[p]ara regular situaciones de cambio de modalidad de gestión indirecta a directa de servicios públicos y también de obras públicas de titularidad de la Administración se establecen limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público". El Abogado del Estado ha insistido en que su finalidad es la contención del gasto público, pues se trata de evitar la generación de un gasto de personal por "asunción" de dicho personal, al margen de las categorías del artículo 8 LEEP. Sin embargo, y como de hecho se desprende del escrito de alegaciones del Abogado del Estado, que expone el régimen jurídico de estas figuras, lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública, en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas). Por ello, lo que hace estrictamente la norma es incorporar una precisión de lo dispuesto en el artículo 8 LEEP, lo que conduce a la conclusión de que se trata de una medida regulatoria, de carácter sustantivo, que de acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal no puede encontrar acomodo en una ley de presupuesto".

Por otro lado, el acuerdo impugnado no es contraria a derecho porque contemple la aplicación del art. 44 del ET y que los trabajadores subrogados por la EPEL lo sean con el status de trabajador "indefinido no fijo" porque, sin perjuicio de que su materialización se efectúe en los términos que exige la normativa y jurisprudencia laboral, es acorde con la doctrina sentada por el TJUE y el Tribunal Supremo (sirva de ejemplo la STS, Sala IV, de 17 de enero de 2019, rec. 2637/2016). Se dice en esta sentencia:

“el hecho de una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET. Así en la STS de 30 de mayo de 2011 (Rcud. 2192/2010) dijimos que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, no excluye la aplicación del artículo 44 ET, si va acompañada de transmisión de medios materiales, recordando que “que si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por si misma, un supuesto de subrogación empresarial, “no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 –rcud 4773/06–, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando –así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias– la transmisión vaya referida a cualquier “entidad económica que mantenga su identidad” después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”; o el “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”. Y para cuya determinación –transmisión de la entidad que mantiene su identidad– han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 –rcud 764/02–; 29/05/08 –rcud 3617/06–; 27/06/08 –rcud 4773/06–; 28/04/09 –rcud 4614/07–; y 23/10/09 –rcud 2684/08–)”. Criterio reiterado, entre otras, en las SSTS de 26 de enero de 2012 (Rcud. 917/2011); de 7 de junio de 2012 (Rcud. 1886/2011) y de 23 de septiembre de 2014 (Rcud. 231/2013), entre otras.

**3.-** Con tales antecedentes jurídicos concluimos que “el dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello puede ser determinante, incluso, para comprobar la existencia de transmisión empresarial. Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-509/2014, Asunto Aira Pascual, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español. El problema se planteó a raíz de la decisión de la empresa pública ADIF de prestar directamente y con su propio personal la actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal. Hasta entonces, dicha actividad se venía realizando por una empresa privada en

virtud de un contrato de gestión de servicios públicos. Dicha empresa desarrollaba la actividad contratada en las instalaciones de ADIF y con las infraestructuras y equipamiento necesario propiedad también de ADIF. Al terminar el plazo previsto en el contrato, ADIF puso fin al mismo para explotar dicha actividad con su propio personal. La cuestión que se suscitó al TJUE fue si el concepto de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23 comprende los supuestos en que una empresa titular de un servicio público asume la gestión directa de dicho servicio y en los que, por una parte, esa empresa decide recurrir a su propio personal para realizar esa gestión, sin hacerse cargo del personal del contratista al que había encomendado anteriormente la gestión y, por otra parte, los medios materiales utilizados, esenciales para la realización del servicio, han pertenecido siempre a dicha empresa, que imponía su uso al contratista. El TJUE consideró perfectamente aplicable la Directiva en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad de la misma con su propio personal.

Para el TJUE no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva».

3.7. El séptimo y último motivo se funda en que la sentencia es contraria a derecho por vulnerar el art. 5.2 de la LBRL, al no haber rechazado la Memoria por fundamentarse en que la tarifa del servicio tenía que configurarse como una “tasa”.

3.7.1. En el punto 6º del fundamento de derecho sexto de la sentencia apelada no se estima este motivo de impugnación, diciendo:

“El error indicado, de haberse producido, no puede tener las consecuencias invalidantes que le atribuye la parte demandante dado que en derecho las cosas son lo que son y no lo que se quiere que sean o lo que se dice que son. A lo anterior hay que añadir que la Ley de Contratos del Sector Público que cita la parte demandante ha entrado en vigor más de un año después de adoptar el acuerdo recurrido. Por último, hay que indicar, admitiendo que puede ser una cuestión controvertida, que la jurisprudencia existente en el momento de adoptarse el acuerdo, 30 de diciembre de 2016, hace que la tesis recogida en la Memoria no pueda calificarse de “error objetivo” (pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20-03-2013. Rec. Casa. 6524/2011, de 28-09-15. Rec. Casa. 2042/2013 y de 23-11-15. Rec. Casa. 4091/2013)”.

3.7.2. Sostiene la mercantil apelante que la Memoria parte de la premisa errónea de que la naturaleza jurídica de la tarifa de los servicios litigiosos tiene que ser una tasa, cuando no es así, como lo evidencia la aclaración de una vez por todas que efectúa la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público al señalar que la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, tanto en los supuestos de gestión directa como de gestión indirecta, es la de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

3.7.3. El Ayuntamiento demandado se opone alegando que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación son mera reiteración de los efectuados por la recurrente en la instancia y que han sido debidamente rebatidos por la sentencia apelada a la que se remite.

3.7.4. Este último motivo de impugnación se desestima, dando por reproducido lo dicho en la sentencia de instancia, al constituir los argumentos ahora esgrimidos mera reiteración de lo dicho en la demanda.

4. Por todo lo expuesto, se desestima el presente recurso de apelación con imposición de las costas a la parte apelante (art. 139.2 de la LJCA).

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 2.000 euros.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Por lo expuesto, la Sala ha decidido:

1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Aguas de Valladolid, S.A., con imposición de las costas a la parte apelante con el límite fijado en el fundamento de derecho 4.

2º Desestimar la adhesión a la apelación del Ayuntamiento de Valladolid, con imposición a este de las costas causadas por la adhesión con el límite señalado en el fundamento de derecho 2.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

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

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En VALLADOLID, a veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

**EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**