

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00150/2017

-

Modelo: N11600
C/ SAN JOSE NUMERO 8

Equipo/usuario: JRP

N.I.G: 47186 45 3 2017 0000216
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000014 /2017 /
Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS
De D/Dª: MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCION PUBLICA
Abogado: ABOGADO DEL ESTADO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

S E N T E N C I A n° 150/17

En Valladolid, a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.

El Sr. D. JESUS MOZO AMO, Magistrado-Juez en funciones de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de Valladolid y su Partido Judicial, habiendo visto los presentes autos de **Procedimiento Ordinario n° 14/2017**, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como:

DEMANDANTE: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. Esta parte, según resulta de la normativa aplicable, está representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ADMINISTRACIÓN DEMANDADA: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, representado y defendido por la Sra. Letrada adscrita a sus Servicio Jurídicos.

ACTUACIÓN RECURRIDA: Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016, sus anexos y estatutos publicados en el "boletín Oficial" de la Provincia de Valladolid del día 18 de enero de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Turnado a este Juzgado el escrito interponiendo el recurso contencioso-administrativo contra la actuación

indicada en el encabezamiento de esta sentencia, se dictó providencia admitiéndolo a trámite, solicitando el expediente administrativo y mandando emplazar a las partes y al resto de los posibles interesados.

SEGUNDO.- Personadas las partes, en el plazo señalado al efecto, han presentado los escritos de demanda y de contestación a la misma en los que se recogen las pretensiones que cada una sostiene en relación con la actuación objeto de recurso y los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoyan.

Teniendo en cuenta las reglas para determinar la cuantía del recurso, previstas en los artículos 40 a 42 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ésta se fijó como indeterminada.

Existiendo discrepancia sobre determinados hechos se han practicado las pruebas propuestas por las partes y admitidas por este Juzgado con el resultado que consta en los autos.

Terminada la práctica de las pruebas cada parte ha formulado conclusiones valorando el resultado de las pruebas practicadas en relación con el asunto que se enjuicia y pretensiones que sobre el mismo ejercen.

TERCERO.- Los presentes autos se han tramitado por **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** habiéndose cumplido lo dispuesto en la LJCA y demás disposiciones complementarias y concordantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto que se enjuicia corresponde al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA siendo competente para su conocimiento este Juzgado conforme se dispone en el artículo 8,1 en relación con el artículo 14 de la misma.

SEGUNDO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia en las siguientes partes:

1º Aprobación de la Memoria sobre la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestionar los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales, que contiene la gestión directa del servicio a través de una entidad pública empresarial local.

2º Aprobación de la constitución de la entidad pública empresarial local para la gestión del ciclo integral del agua de Valladolid como forma de gestión directa de los servicios



de abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales, que comenzará su actividad tras la correspondiente publicación oficial de este acuerdo y estatutos, sin perjuicio de la efectiva asunción de los servicios cuando finalicen las concesiones.

3º Aprobación de los estatutos de la mencionada entidad, que figuran como anexo uno a este acuerdo y que corresponden a los folios numerados del 277 al 291 del expediente.

Además del acuerdo mencionado, se impugnan los anexos y los estatutos de la entidad pública empresarial creada, que se han publicado en el "Boletín Oficial" de la Provincia de Valladolid del día 18 de enero de 2017.

Frente a la actuación anterior, la Administración demandante pretende de este Juzgado que se dicte una sentencia por la que se estime el recurso interpuesto y, como consecuencia de ello, se anule la misma por no ser ajustada a derecho.

La Administración demandada se opone a las pretensiones de la parte demandante y solicita de este Juzgado una sentencia desestimatoria de las mismas y, en consecuencia, confirmatoria de la actuación recurrida por considerarla ajustada a derecho apoyándose para ello en las consideraciones que, de manera extractada, se van a señalar seguidamente:

1º El informe de sostenibilidad elaborado por el Interventor General del Ayuntamiento contiene una valoración suficiente y adecuada del cumplimiento y aplicabilidad de la regla del gasto y del objetivo de estabilidad presupuestaria no existiendo razones para pensar que la entidad pública empresarial creada vaya a tener un impacto negativo en la hacienda municipal ni tampoco el funcionamiento de la misma se haya iniciado sin las suficientes garantías. La entidad pública empresarial, según se indica en el informe mencionado, se autofinanciará con los ingresos derivados de las tasas a percibir no precisando aportaciones municipales.

2º Se ha observado el procedimiento legalmente establecido para modificar la forma de gestión del servicio sin haberse omitido ningún documento ni estudio exigido por la normativa aplicable. No se está creando ningún servicio nuevo ni tampoco se está ejerciendo ninguna iniciativa económica dado que lo único que se está haciendo es decidir sobre la forma de gestión de un servicio público ya existente. Siendo esto así, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 85,2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y no el artículo 86 de dicha Ley, puesto en relación con el artículo 97,2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.



3º En la memoria aprobada se motiva, de manera suficiente, la opción aplicada sobre la forma de gestión del servicio explicándose los aspectos tomados en consideración para decidir la opción indicada. La referida memoria, al contrario de lo que entiende la Administración demandante, no incurre en las contradicciones que se señalan en el escrito de demanda.

4º No se infringen las normas presupuestarias ni aquellas que regulan la restricción de la contratación de personal, incluidas las referidas a los sistemas de acceso a la condición de empleado público. La subrogación del personal no es, y así lo han decidido los Juzgados números 2 y 4 de esta Ciudad, objeto del acuerdo impugnado debiendo tenerse en cuenta, además, que esa decisión debe ser examinada y enjuiciada en el ámbito de la jurisdicción social. No obstante, hace referencia a la extinción de la vigencia de lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, hecho producido el día 31 de diciembre de 2016 al no existir una decisión de prórroga respecto a esa Ley, y al nuevo contenido de la Disposición Adicional Vigésima Sexta de la vigente Ley de Presupuestos, que, a su juicio, posibilita el incremento de la plantilla por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando exista al respecto una resolución judicial sin que ese incremento suponga una vulneración de las normas que regulan el acceso al empleo público.

TERCERO.- La Administración demandante, en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso, utiliza la fundamentación jurídica que, de manera resumida, se va a indicar seguidamente.

Pone de manifiesto, en primer lugar, la evidente y difícil situación económica que presentan, en la actualidad, las Administraciones Públicas, hecho que, por su evidencia, no necesita ser probado. Debido a esa situación se ha aprobado la modificación de diversas normas, todas ellas tendentes a conseguir un control del gasto y una mejora de la situación financiera de las Administraciones Públicas, incluidas las locales. Dentro de las reformas indicadas hace referencia a la del artículo 85 de la LBRL, cuyo apartado 2º establece el cumplimiento de unos requisitos para poder optar sobre la forma de gestión de un servicio público de titularidad municipal resultando que esa opción no es ni libre ni alternativa entre las formas recogidas en el mismo. La memoria aprobada no acredita que la elección llevada a cabo sea la más eficiente ni tampoco la más sostenible de entre las posibles debiendo tenerse en cuenta, además, el contenido de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En segundo lugar señala que la ejecución del acuerdo impugnado producirá un grave daño para el interés general en cuanto que el Ayuntamiento de Valladolid asume un compromiso económico importante a lo que hay que añadir que se consolida



la sucesión empresarial que resulta de aplicar lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que ya ha tenido lugar el día 1 de julio de 2017 asumiendo la entidad pública empresarial 159 trabajadores de la antigua concesionaria, que supone un gasto de 6.128.625 euros, a lo que hay que añadir que se ha contratado un gerente y que varios funcionarios han quedado adscritos a la entidad pública empresarial creada. Insiste en que el acuerdo impugnado supone la asunción por parte del Ayuntamiento de Valladolid de una carga económica importante e inmediata existiendo una posibilidad de invalidar el acuerdo adoptado por aplicación de la regla del gasto y del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria. Cita los Autos del Tribunal Constitucional 87/2012, de 10 de mayo, y 161/2012, de 13 de septiembre, entendiéndose que los razonamientos jurídicos contenidos en los mismos, aunque no referidos a la sucesión de empresas, son aplicables al caso que se enjuicia. También hace referencia al Auto del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid número 379, de 12 de noviembre de 2015, y al del Juzgado de lo Contencioso número 4 de Zaragoza de 3 de marzo de 2017 (PO 55/2017).

En tercer lugar insiste en que el acuerdo impugnado no garantiza la sostenibilidad financiera de la entidad local y efectos en el mercado y en la competencia definidos en el artículo 86 de la LBRL. El informe de sostenibilidad financiera se considera insuficientemente fundado en cuanto que no se recoge una cuantificación efectiva, concreta y motivada de la incidencia de la medida adoptada en los principales indicadores de la sostenibilidad financiera faltando una evaluación de posibles efectos en el ahorro bruto y neto de la entidad local, en su remanente de tesorería, en su nivel de financiación atendiendo al Protocolo de Déficit Excesivo y en el cumplimiento de los plazos máximos de pago a proveedores. Llama la atención sobre la falta de firma de algunos informes insistiendo en la insuficiencia de la memoria atendiendo a lo exigido en el artículo 85,2 de la LBRL debiendo tenerse en cuenta que no se analizan todas las modalidades de gestión indirecta ni tampoco hay un análisis de la gestión directa por sociedad mercantil a lo que hay que añadir que la concesión se plantea sobre unas determinadas hipótesis sin que se planteen distintos escenarios atendiendo a las diversas ofertas que pudieran presentar posibles concesionarios.

Por último hace referencia a la normativa que limita la contratación de personal manifestando desacuerdo con los informes que constan en el expediente de los que se deduce que ese incremento está justificado con cargo a la tasa de reposición. De la normativa que resulta aplicable queda claro que las entidades públicas empresariales no pueden incrementar su plantilla salvo los supuestos expresamente previstos en la norma resultando que, en el caso que se enjuicia, no concurre ninguno de ellos. Menciona lo dispuesto en la nueva Ley de Presupuestos, Ley 3/2017, de 27 de junio, que, a su juicio,



resulta aplicable dado que, al aprobarse el acuerdo impugnado, el Ayuntamiento demandado ya ha mostrado su consentimiento y conformidad con la asunción de personal de la antigua concesionaria vulnerándose, de manera clara, la normativa aplicable en los términos indicados.

CUARTO.- Se considera conveniente hacer referencia a algunas cuestiones que van a ayudar a analizar la posición que mantienen las partes sobre las cuestiones controvertidas y, en definitiva, van a ser útiles para decidir sobre la pretensión anulatoria ejercida por la Administración demandante. Estas cuestiones son las que se van a indicar a continuación.

1ª Sobre el acuerdo impugnado.

El acuerdo impugnado, en lo esencial, decide gestionar de manera directa, concretamente a través de una entidad pública empresarial, los servicios públicos relacionados con el llamado "ciclo integral del agua", que comprenden el servicio de abastecimiento de agua, el servicio de saneamiento, y el servicio de depuración de aguas residuales, aprobando la constitución de dicha entidad pública empresarial local y los estatutos que la rigen, que comenzará su actividad, sin perjuicio de la efectiva asunción de los servicios cuando finalice el contrato concesional, cuando se produzca la publicación en el "Boletín Oficial" de la Provincia de Valladolid, hecho ocurrido el día 18 de enero de 2017.

Desde un punto de vista negativo hay que señalar que el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre asunción de personal necesario para la gestión directa de los servicios ni tampoco para el funcionamiento de la entidad pública empresarial local creada aunque es evidente que la utilización de ese personal es consustancial a la decisión adoptada en cuanto que no es posible hacer efectiva la gestión directa del servicio si no se cuenta con personal suficiente para llevar a cabo las actuaciones que exige dicha gestión. Siendo esto así y, hay que insistir en ello, aunque el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre la asunción de personal, es necesario analizar si la normativa aplicable permite que la entidad pública empresarial creada disponga de personal propio para poder cumplir con su objeto dado que, de no ser así, la decisión sobre la gestión directa, aunque fuera sostenible y eficiente, no sería eficaz en cuanto que no podría llevarse a cabo produciéndose, de facto, una falta de prestación del servicio incompatible con el carácter básico y obligatorio del mismo en los términos que luego se dirán.

La memoria aprobada, que es en la que se basa la decisión adoptada, es el resultado de una serie de actuaciones llevadas a cabo en el seno del propio Ayuntamiento y que tienen su base jurídica en el acuerdo adoptado por el Pleno en la sesión celebrada el día 5 de mayo de 2016, en el que, en lo esencial, se decidió iniciar el expediente para determinar la forma más sostenible y eficiente de gestionar los servicios de



abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales nombrando una comisión (compuesta por representantes políticos y personal técnico, en ambos casos del propio Ayuntamiento) encargada de elaborar la memoria justificativa (folios 5 y siguientes del expediente administrativo). La memoria aprobada está precedida de un informe sobre el análisis técnico y económico del ciclo integral del agua de Valladolid para la preparación del nuevo periodo de gestión a partir del día 30 de junio de 2017 (tomo I). Este documento no identifica a los autores del mismo ni tampoco, como lo ha puesto de manifiesto la Abogacía del Estado, está firmado.

La memoria propiamente dicha está contenida en el llamado Tomo 2 (folios 272 y siguientes) y, atendiendo a su contenido, tiene las siguientes partes:

1ª Parte socio-jurídica, que comprende: (1) aspectos sociales; (2) aspectos organizativos; (3) descripción técnica; (4) aspectos jurídicos; y (5) proyecto de reglamento de prestación del servicio y estatutos.

2ª Parte económico-financiera, que comprende: (1) presupuesto de ejecución de obras, instalaciones, vehículos y maquinaria; (2) tarifas/tasa describiendo la evaluación entre 1997 y 2015 y proyecto para 2017-2018; (3) programa de actuación plurianual y anual; y (4) objetivos e indicadores de seguimiento.

3ª Parte sobre la propuesta del modo de gestión, que comprende ventajas, determinación y razonamiento de la elección del sistema de gestión.

La memoria incluye unos anexos entre los que cabe destacar el informe de la asesoría jurídica, el llamado informe fiscal, el informe sobre impacto en el presupuesto del Ayuntamiento y el informe del Consejo Económico-administrativo. Hay que tener en cuenta que la documentación de la memoria ha sido conocida, según se iban emitiendo los correspondientes informes, por la Comisión Especial creada al efecto, que ha debatido sobre las distintas cuestiones planteadas.

El acuerdo que se está analizando, antes de su adopción, ha sido informado por el Interventor General del Ayuntamiento (folios 114 a 124 del expediente), que, tras realizar un análisis, establece unas conclusiones de las que no observa que, atendiendo a la normativa aplicable, la existencia de impedimentos para decidir la gestión directa del servicio por medio de una entidad pública empresarial.

Desde el punto de vista procedimental, hay que señalar que la adopción del acuerdo no ha estado precedida de un periodo de información pública en los términos previstos en el artículo 97,2 del TRRL en relación con el artículo 86,2 de la LBRL. En este aspecto hay que señalar que el Interventor



General, según escrito fechado el día 30 de septiembre de 2016 (folio 89), solicitó un informe de la Asesoría Jurídica sobre el procedimiento a seguir, informe que se emitió el día 24 de octubre de 2016 (folios 91 y siguientes).

2ª Sobre el contexto en el que se adopta el acuerdo impugnado.

En este apartado hay que señalar, y así se deduce de la documentación existente en el expediente administrativo, que los servicios sobre los que se proyecta la forma de gestión acordada eran efectivos en el municipio de Valladolid desde mucho tiempo antes a la adopción del acuerdo siendo el titular de esos servicios el Ayuntamiento de Valladolid aunque no consta un acuerdo expreso de prestación de esos servicios en régimen de monopolio.

Los referidos servicios habían estado gestionados de manera indirecta mediante un contrato de concesión, que, atendiendo al plazo, finaliza el día 30 de junio de 2017.

De lo dicho conviene resaltar que el acuerdo impugnado no afecta a la efectividad de los servicios públicos ni a su titularidad sino únicamente a la decisión sobre el modo de gestión una vez que se ha extinguido, por el transcurso del plazo, el utilizado con anterioridad. Hay que tener en cuenta 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 mediante una concesión por Aguas de Valladolid, SA.

3ª Sobre la configuración legal de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de aguas residuales.

En este apartado interesa destacar lo siguiente:

1º Los referidos servicios son manifestación de una competencia propia del municipio de Valladolid por lo que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7,2 de la LBRL, se ejercen en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas debiendo tenerse en cuenta que, conforme al apartado



4º del artículo citado, las entidades locales solamente pueden ejercer competencias distintas de las propias (y de las asumidas por delegación, a las que se aplica lo dispuesto en el artículo 27) cuando no pongan en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea de servicios. Se dice que son competencias propias porque así se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 25,2 c) de la LBRL, que atribuye al municipio competencia, en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en la materia referida a "Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales".

2º Los servicios a los que se está haciendo mención son, además, servicios públicos de prestación obligatoria en el municipio de Valladolid y por el Ayuntamiento que gobierna ese municipio. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 26,1, apartados a) y b), de la LBRL debiendo tenerse en cuenta que esa obligatoriedad se corresponde como un derecho del vecino a recibir la prestación de esos servicios (artículo 18,1 g) de la LBRL).

3º El abastecimiento domiciliario y la depuración de aguas son, además, servicios de contenido económico respecto de los que hay una reserva legal a favor de las entidades locales en los términos previstos en el artículo 86,2 de la LBRL. La configuración de los servicios como obligatorios y la reserva legal a favor de las entidades locales del abastecimiento domiciliario de agua y depuración de aguas hace que no sea necesario adoptar ningún acuerdo de municipalización dado que ese acuerdo solamente será necesario cuando el ente local vaya a realizar, en los términos previstos en el artículo 86,1 de la LBRL, la iniciativa pública sobre una actividad económica resultando, hay que insistir en ello, que la configuración legal de una actividad como servicio público de prestación obligatoria hace innecesaria esa decisión sobre municipalización dado que ha sido la propia Ley, al configurar la actividad como servicio público y al obligar a su prestación, la que ha determinado que esa actividad queda reservada al ente local.

La reserva legal prevista en el artículo 86,2 de la LBRL tiene como consecuencia jurídica la posibilidad, que no existe en el ejercicio de otro tipo de actividades económicas, de prestar esos servicios o, en su caso, actividades, en régimen de monopolio aunque para ello es necesario adoptar un acuerdo expreso por el Pleno del Ayuntamiento (debe aprobarse por mayoría absoluta) y una aprobación por el órgano de la Comunidad Autónoma.

El artículo 86,2 de la LBRL no prevé ningún procedimiento específico para la prestación de esos servicios en lo que se refiere a la forma de gestionar los mismos, a salvo de lo que se ha dicho respecto de la prestación en régimen de monopolio,



ni tampoco es aplicable el regulado en el artículo 97,1 del TRRL dado que este último artículo se refiere al ejercicio de una iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica insistiendo en que esa iniciativa no es necesaria cuando la actividad económica se ha configurado legalmente como servicio público de prestación obligatoria.

En cualquier caso, y como complemento de lo señalado en el párrafo precedente, hay que hacer referencia a la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid, fechada el día 5 de abril de 2001 (Rec. 638/2001), a la que se refiere otra sentencia de la misma Sala, que está fechada el día 4 de junio de 2007 (Rec. 271/2006), según la cual lo dispuesto en el artículo 97 del TRRL solo debe ser observado cuando "las entidades locales pretendan el ejercicio de actividades económicas, esto es, cuando aún no hayan comenzado a desarrollarlas y no, por el contrario, como aquí acontece, cuando llevan años ejercitándolas". Los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración se llevan prestando por el Ayuntamiento de Valladolid desde hace muchos años siendo evidente que esa prestación no comienza el día 1 de julio de 2017 por lo que, en ningún caso, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 97 del TRRL y ello sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el procedimiento a seguir respecto a la elección de la forma de gestión del servicio debiendo insistirse en que tampoco resulta aplicable el artículo 86 dado que no establece ningún procedimiento para la forma de gestión de un servicio ya municipalizado en cuanto que dicho artículo, como ya se ha dicho, se refiere al ejercicio de la iniciativa pública respecto a actividades de contenido económico y a la prestación de determinados servicios, los reservados directamente por la Ley, en régimen de monopolio.

4ª Sobre el artículo 85 de la LBRL.

El artículo 85 de la LBRL, según la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, tiene la siguiente redacción:

"1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.



d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar 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. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará 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.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 41/2016, de 3 de marzo, se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del apartado 2º del artículo citado señalando lo siguiente (FJ 14):

“...//...

Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE».

...//...”

El artículo citado, tras definir de una manera amplia el servicio público, regula, y así se recoge en el apartado 2º, las formas de gestión que pueden utilizarse, directa e indirecta, señalando que la que se decida aplicar deberá ser la más eficiente y sostenible. La eficiencia hay que entenderla en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) en cuyos apartados 2º y 3º se dispone lo siguiente:

“2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.



3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

La eficiencia, en relación con la gestión económico-financiera de los entes locales, tiene relación con los criterios que se recogen en el artículo 133 de la LBRL.

La sostenibilidad a la que se refiere el artículo 85,2 ha de entenderse, ante todo, en términos financieros, lo que permite aplicar el artículo 4 de la LOEPSF, que tiene el siguiente contenido:

“Artículo 4. Principio de sostenibilidad financiera.

1. Las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera.

2. Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea.

Se entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad.

3. Para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera”.

El artículo 85,2, en lo que se refiere a la aplicación de las formas de gestión directa establece un límite a las posibilidades de elección de los entes locales debiendo tenerse en cuenta también el señalado en la Disposición Adicional Novena de la LBRL. Esta Disposición adicional impide, en lo que ahora importa, constituir nuevas entidades durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Superado ese impedimento legal, el artículo 85,2 dispone que solamente podrá hacerse uso de la gestión directa mediante la creación de una entidad pública empresarial o de una sociedad mercantil local con capital totalmente público cuando quede acreditado, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que la gestión directa por la propia entidad local (sin órgano especial) o mediante la creación de un ente de naturaleza administrativa (organismo autónomo local) debiendo tenerse en cuenta, para determinar esa mayor sostenibilidad y eficiencia, la rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además de la memoria justificativa, que se incorpora al expediente y que se eleva

al Pleno para su aprobación, deberán existir informes técnicos sobre el coste del servicio y el informe preceptivo del Interventor, que valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 de la LOEPSF.

En cualquier caso, la forma de gestión que se elija deberá tener en cuenta lo dispuesto en la legislación sobre función pública, concretamente el artículo 9 el Estatuto Básico del Empleado Público (también los artículos 92 y 92 bis de la LBRL), en lo que se refiere al ejercicio de funciones que correspondan en exclusiva a funcionarios públicos.

Desde el punto de vista negativo, el artículo 85 de la LBRL no establece un procedimiento para decidir sobre la forma de gestión del servicio público limitándose a señalar que la decisión sobre esa forma de gestión corresponde al Pleno y que la memoria que ese órgano apruebe, que comprenderá los informes técnicos sobre el coste del servicio y el asesoramiento técnico recibido, deberán ser publicados. Hay que entender, atendiendo a lo que se dispone en el apartado 2 del artículo 85, que esta publicación no es un trámite que debe cumplirse con carácter previo a la aprobación sino que ha de producirse después a esa aprobación.

La ausencia de regulación sobre el procedimiento a seguir para decidir sobre la forma de gestión del servicio público no habilita para aplicar el previsto en el artículo 86 de la LBRL, puesto en relación con el artículo 97 del TRRL y con los artículos 45 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (que están derogados en lo que se opongan a la disposición derogatoria del Real Decreto número 1098/2001, de 12 de octubre). Los artículos citados, como ya se ha dicho y ahora se insiste en ello, se aplican cuando el ente local ejerce la iniciativa pública para el desarrollo de una actividad económica pero no cuando se trata de decidir la forma de gestión de un servicio público de carácter obligatorio y que está implantado y en funcionamiento desde hace mucho tiempo. En esta apartado hay que volver a hacer referencia a la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid, fechada el día 5 de abril de 2001 (Rec. 638/2001) así como también a la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 23 de febrero de 2015, Rec. Casa. 595/2013. En esta sentencia se decide el Recurso de Casación interpuesto contra otra sentencia, que ha sido dictada por el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid, en la que se enjuiciaba, en lo esencial, la decisión del Ayuntamiento de León sobre el cambio del modo de gestión del servicio de abastecimiento de agua y en la que la Sala de instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 33,2 de la LJCA, planteó la tesis a las partes sobre la aplicación al caso enjuiciado de lo dispuesto en el artículo 109 del TRRL. El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia citada, señala que el artículo 109 del TRRL no es



aplicable para cambiar el modo de gestión de un servicio público ya municipalizado y prestado en régimen de monopolio. Esta afirmación realizada por el Tribunal Supremo permite entender que el cambio de gestión de un servicio público ya municipalizado es ajeno al procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo la municipalización. De la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 21 de diciembre de 2000 (Rec. Casa. 6448/1996) también se puede deducir (fundamento de derecho sexto) que el procedimiento previsto en los artículos 86 de la LBRL y 97 del TRRL se aplica respecto a la decisión del ente local por la que, en ejercicio de la habilitación legal para llevar a cabo la iniciativa pública en actividades de contenido económico, se asume, de manera efectiva, la actividad reservada y se lleva a cabo la misma, ya sea en régimen de concurrencia o en régimen de monopolio siendo razonable entender que cuando no ocurra lo indicado no es aplicable el procedimiento previsto en los artículos citados.

5ª Sobre los límites legales para la contratación de nuevo personal.

Ya se ha dicho (cuestión 1ª anterior) que el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre la contratación o, en su caso, subrogación del personal encargado de llevar a cabo las funciones que requiera la prestación del servicio que pasa a gestionarse directamente por la entidad pública empresarial creada al efecto aunque es necesario analizar los límites legales sobre la contratación de personal por si esos límites impiden esa contratación y, por lo tanto, hacen que la decisión adoptada sea ineficaz por no cumplir, al no poderse llevar a cabo, con lo que resulta de la obligación legal de prestar los servicios afectados por la decisión sobre la forma de gestión, que, desde el punto de vista del vecino, constituye un derecho a recibir esa prestación.

Sobre la cuestión planteada hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, en la legislación laboral, especialmente en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y en las Leyes anuales de Presupuestos Generales.

Respecto a la legislación de contratos, el artículo 283 dispone que a la finalización del plazo de duración del contrato de gestión de servicios públicos, el servicio revertirá a la Administración titular del mismo debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se refiere, en lo esencial, al mantenimiento de la relación laboral cuando se produce una sucesión de empresas. No existe ninguna duda respecto a la aplicación de este artículo en los supuestos en los que el sujeto que asume la nueva actividad es de naturaleza pública, Administración o un ente dependiente de



ella, siendo esencial para que se produzca la sucesión que exista la transmisión de una "entidad económica" que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados suficientes para llevar a cabo una actividad económica. Esa "entidad económica" resulta de lo dispuesto en el artículo 283 de la LCSP, que tiene un contenido semejante al recogido en otras leyes de contratos, que serían las aplicables atendiendo a la fecha en la que se adjudicó el contrato de concesión. En este apartado pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2016 (Rec. 1674/2015) y de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 3533/2015) en las que se hace referencia a abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de diciembre de 2012, (Rec. 185/2011) señala, de manera expresa y resumida, que las normas de derecho público que pretenden impedir nuevas contrataciones de personal laboral no pueden ser un obstáculo para la aplicación de las normas laborales referidas a la conversión de trabajadores temporales en fijos. Este criterio del Tribunal Supremo es perfectamente aplicable en los supuestos de sucesión de empresas a los que se refiere el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, Ley 48/2015, de 29 de octubre, establece, en primer lugar, límites a la contratación de personal por parte del sector público, dentro del cual se incluyen las entidades públicas empresariales (artículos 19 y siguientes). La Disposición Adicional Décima Quinta de la referida Ley se refiere, de manera específica, a los límites aplicables a las entidades públicas empresariales durante el año 2016. Estos límites no resultan aplicables a la entidad pública empresarial creada por el Ayuntamiento de Valladolid dado que los efectos de esa creación, atendiendo a la fecha de publicación del acuerdo y de los estatutos en el "Boletín Oficial" de la Provincia se ha producido transcurrido el año 2016.

Para el año 2017, los Presupuestos Generales del Estado se han aprobado por la Ley 3/2017, de 27 de junio, publicada en el "Boletín Oficial" del Estado del día 28 de junio de 2017 y con vigencia desde el día 29 del mismo mes y año. El artículo 18 regula las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público formando parte de ese sector público las entidades públicas empresariales. La Disposición Adicional Décima Quinta se refiere a la contratación de personal por parte de las entidades públicas empresariales debiendo tenerse en cuenta que ese precepto, al no hacer referencia al año 2017, se aplica a partir del día 29 de junio de 2017. Estos límites a la contratación ha de entenderse que lo son respecto a contrataciones voluntarias, es decir respecto de aquellas que no vienen impuestas por la aplicación directa de la norma y, de manera más concreta, por lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que hay que entender que no queda desplazado en su aplicación



por el contenido de dicha Disposición Adicional dado que el mismo traspone normativa europea, que prima sobre el derecho interno y se aplica de manera preferente al mismo.

La Ley 3/2017, de 27 de junio, contiene una Disposición Adicional, que tiene asignado en número 26, en la que se indica lo siguiente:

“Disposición adicional vigésima sexta. 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.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución”.

Respecto a esta Disposición Adicional hay que señalar lo siguiente:

1º Se aplica a partir del día 29 de junio de 2017, que es cuando entra en vigor la Ley.

2º El artículo establece una prohibición aplicable a las Administraciones Públicas del artículo 2 del Estatuto Básico del Empleado Público debiendo tenerse en cuenta que una entidad pública empresarial no tiene esa naturaleza al no ser una entidad de derecho público sino de derecho privado. La



entidad pública empresarial, según la Ley 40/2015, de 1 de octubre, es sector público, en este caso local, pero no es una entidad de derecho público y, por lo tanto, no es Administración Pública (artículo 2 de la Ley citada).

3º En cualquier caso, lo que prohíbe el artículo es que ese personal pueda ser considerado empleado público en los términos del artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público no pudiendo incorporarse como tal a una Administración Pública o a una entidad de derecho público (entre las que no se encuentra, como se ha dicho, la entidad pública empresarial). Nada impide que ese personal pueda tener otra vinculación diferente de la de empleado público, máxime si se tiene en cuenta que a ese personal, porque así se establece expresamente en la Disposición Adicional que se está analizando, le es aplicable lo previsto sobre sucesión de empresas en la normativa laboral. Dicho de otra manera, ese personal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aplicado atendiendo a los criterios establecidos por la jurisprudencia, puede tener una relación jurídica con el sujeto que sucede en la actividad anterior, ya sea una Administración u otra entidad de derecho público, aunque nunca, porque lo prohíbe expresamente la Disposición Adicional, será la propia de un empleado público en los términos del artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público. Hay que insistir en que la Disposición Adicional no prohíbe la incorporación del trabajador sino que éste adquiera la condición de empleado público.

4º El apartado dos de la Disposición Adicional regula un supuesto que no afecta a las entidades públicas empresariales y sí a las sociedades mercantiles y se refiere, en lo sustantivo, a la no contabilización como personal de nuevo ingreso a efectos de cómputo de la tasa de reposición de efectivos. Esa no contabilización ocurrirá cuando nos encontremos en el supuesto recogido en el apartado 1 a) (trabajadores de concesiones cuando se ha extinguido el contrato) donde la incorporación se produzca como consecuencia de la tramitación de un procedimiento administrativo que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad o como consecuencia de una resolución judicial. Ninguno de los dos supuestos excluye, por sí mismo, la aplicación de la sucesión de empresas entendiendo, además, que esos supuestos son compatibles con la sucesión de empresas.

QUINTO.- Las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho precedente posibilitan el análisis concreto de lo alegado por la Administración demandante en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso, que se va a hacer por el siguiente orden y en los siguientes términos.

1º Sobre la falta de firma del informe fiscal de abril de 2016 y del documento denominado "El Ciclo Urbano del Agua V2".



La falta de firma alegada por la Abogacía del Estado no tiene, a criterio de este Órgano Judicial, ningún efecto invalidante del acuerdo impugnado. Ello es así porque lo que importa, a efectos de valorar el cumplimiento del objetivo de la memoria atendiendo a lo dispuesto en el artículo 85 de la LBRL, es el contenido del documento.

A lo anterior hay que añadir que el documento denominado "El Ciclo Urbano del Agua V2" no tiene, en sentido estricto, la naturaleza propia de la memoria en cuanto que el mismo, según consta en el acta de la Comisión creada correspondiente a la sesión celebrada el día 16 de mayo de 2016, es previo al acuerdo del Pleno adoptado en la sesión de 5 de mayo de 2016 dado que se trasladó a los Grupos Políticos el día 13 de abril de 2016 siendo sus autores los técnicos Don Jesús Briones Llorente, Don Francisco Andrés Pérez Nieto, Don Luis Ángel Bayón Martín, Doña Paloma Moro González y Doña Lucía Oroz Cortés (folio 18). En el contexto indicado, la falta de firma alegada carece de trascendencia.

El informe fiscal de abril de 2016 no está materialmente firmado aunque sí que se identifica a su autora y ha sido conocido por la Comisión creada debiendo tenerse en cuenta que hay otro informe hecho por la misma autora en el mes de noviembre de 2016, referido específicamente a la entidad pública empresarial, que sí está firmado (folios 247 a 250 del expediente) aunque el incorporado a la memoria no lo esté. Lo que se acaba de indicar también permite entender que la falta de firma desinforme fiscal de abril de 2016 no tiene ninguna consecuencia jurídica con trascendencia para decidir sobre lo pretendido por la Administración demandante.

2º Sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL.

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.



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

4° 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.

5° 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).

3° Sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 de la LBRL.

Ya se ha dicho que el artículo citado no resulta aplicable en cuanto que la decisión sobre la forma de gestión no es una decisión sobre el ejercicio de la iniciativa pública respecto a una actividad económica por lo que no solo no hay que seguir el procedimiento establecido en dicho artículo, puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 97,2 del TRRL, sino que tampoco, al contrario de lo que se alega en el escrito de demanda, es necesario un análisis o estudio de mercado.

4° Sobre los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos sobre la contratación de personal.

Aplicando lo señalado en la consideración quinta del fundamento de derecho anterior al caso que se enjuicia y teniendo en cuenta, como se ha dicho, que el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre contratación de personal, 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.

La conclusión a la que se ha llegado sobre lo alegado por la Administración demandante en defensa de lo pretendido por medio del presente recurso conduce a su íntegra desestimación, y así se acuerda por medio de esta sentencia.

QUINTO.- Las cuestiones jurídicas que plantea la cuestión sometida a enjuiciamiento y las dudas que suscita la solución aplicable posibilita que no se acuerde la imposición de las costas de este procedimiento a ninguna de las partes intervinientes en el mismo.

FALLO

Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores **SE ACUERDA DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** lo pretendido por la Administración demandante por medio del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia. Sin condena en costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

