

## JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 4

### VALLADOLID

SENTENCIA: 00060/2018

Modelo: 016100  
C/ SAN JOSE NUMERO 8 , 1.- 47007 VALLADOLID

Equipo/usuario: MBB

**N.I.G:** 47186 45 3 2017 0000206

**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000011 /2017 /

**Sobre:** OTRAS MATERIAS

**De D/D<sup>a</sup>:** AGUAS DE VALLADOLID SA:

**Procurador D./D<sup>a</sup>:** CRISTOBAL PARDO TORON

**Contra D./D<sup>a</sup>:** AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID

**Abogado:** LETRADO AYUNTAMIENTO

### S E N T E N C I A N°60/2018

En Valladolid, a nueve de abril de dos mil dieciocho.

El Sr. D. JESUS MOZO AMO, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de Valladolid y su Partido Judicial, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Ordinario n°11/2017, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como:

**DEMANDANTE: AGUAS DE VALLADOLID, SA.** Esta parte, según se ha acreditado en el momento procesal oportuno, está representada en este procedimiento por el Procurador de los Tribunales Don Cristóbal Pardo Torón y defendida por los Letrados en ejercicio Don Mariano Magide Herrero y Don José Alberto Navarro Manich.

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

**ACTUACIÓN RECURRIDA: Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid adoptados en las sesiones celebradas los días 30 de diciembre de 2016 y 23 de febrero 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.

La parte demandante ha tenido oportunidad de alegar, y así lo ha hecho mediante el escrito registrado el día 28 de marzo de 2018, sobre el documento aportado por la Sra. Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado, considerado como hecho nuevo, referido a la decisión adoptada por la Intervención General del Estado sobre la clasificación de la Entidad Pública Empresarial "Agua de Valladolid, E.P.E" dentro del sector de Sociedades no Financieras.

**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.



El acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 tiene el siguiente contenido (folios 420 y siguientes del expediente administrativo):

PRIMERO.-Aprobar la Memoria en la que se propone la gestión directa mediante una entidad pública empresarial local (EPEL) de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de aguas residuales que contiene la propuesta de gestión directa del servicio a través de una entidad pública empresarial local.

SEGUNDO.-Aprobar 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.

TERCERO.- Aprobar 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.

CUARTO.- Adscribir a la entidad los bienes que figuran en el anexo dos de este acuerdo, correspondiente a los folios numerados del 292 al 298 del expediente, que quedarán afectos al servicio público con la consideración de bienes demaniales, y ejerciendo la entidad pública empresarial local las competencias para la vigilancia, la protección jurídica, la defensa, la administración, conservación y mantenimiento y demás actuaciones que requieran el correcto uso y utilización de los mismos.

QUINTO.- Ordenar que se dé la tramitación legal o reglamentaria que proceda para la aprobación del Reglamento del Servicio, Tasas y Presupuesto 2017 de la entidad, cuyos borradores-propuesta figuran en la Memoria sobre la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestionar los servicios.

SEXTO.- Clasificar la entidad pública empresarial local, creada para la gestión del ciclo integral del agua de Valladolid, en el grupo I, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Acuerdo del Pleno Municipal de 12 de enero de 2016.

SÉPTIMO.- Publicar en el Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid el acuerdo y el texto de los Estatutos de la Entidad y bienes adscritos que constituyen parte de su objeto.

OCTAVO.- Realizar los trámites precisos para la inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, en el plazo de 30 días desde la publicación, conforme a los artículos 82 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

El acuerdo del Pleno adoptado en la sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017 (folios 82 y siguientes del expediente administrativo, pieza separada 2) desestima el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el acuerdo del mismo órgano adoptado en la sesión fechada el día 30 de diciembre de 2016, referido en el párrafo precedente.



Frente a la actuación anterior, la parte demandante pretende de este Juzgado que se dicte una sentencia por la que se estime el recurso interpuesto y, como consecuencia de ello, se declare su invalidez condenado en costas a la Administración demandada.

La Administración demandada solicita la inadmisión del recurso interpuesto y, de manera subsidiaria, se opone a lo pretendido por la parte demandante instando de este Juzgado una sentencia desestimatoria de ello y, en consecuencia, confirmatoria de la actuación recurrida por considerarla ajustada a derecho apoyándose en las consideraciones que, de manera extractada, se van a señalar seguidamente:

1º Debe inadmitirse el recurso por falta de legitimación activa de la parte demandante.

2º La entidad demandante no tiene la condición de interesada en el procedimiento seguido por lo que no era preceptivo darle audiencia debiendo tenerse en cuenta que la omisión de ese trámite, siempre en el caso de que legalmente sea exigible, no le ha producido ninguna indefensión por lo que no puede ser causa de invalidez del acuerdo adoptado.

3º El Ayuntamiento ha seguido el procedimiento legalmente establecido para cambiar la forma de gestión del servicio debiendo tenerse en cuenta que no se trata de ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas ni tampoco de monopolizar la prestación de un servicio público. Siendo esto así, no resulta aplicable el procedimiento que señala la entidad demandante y, de manera más concreta, lo previsto en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y concordantes del Reglamento de Servicios.

4º En concordancia con lo anterior, no es preceptivo la inclusión de dos representantes de los usuarios en la Comisión creada al efecto.

5º No es preceptivo un trámite de información pública debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que se ha producido una publicidad suficiente para que la entidad demandante haya tenido información sobre las actuaciones llevadas a cabo por lo que la omisión de ese trámite, siempre en el supuesto de que fuera preceptivo, no es causa de invalidez del acuerdo adoptado.

6º No se ha producido la caducidad del procedimiento dado que el acuerdo adoptado no es susceptible de ocasionar efectos desfavorables o de gravamen a lo que hay que añadir que resulta aplicable, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 95,3 de la Ley 39/2015.

7º No se han infringido las normas laborales y administrativas referidas al acceso al empleo público del personal dado que la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es objeto del acuerdo adoptado el día 30 de diciembre de 2016 resultando que ha sido la propia Entidad Pública Empresarial la que ha adoptado el correspondiente acuerdo, que tiene sustantividad propia y que ha sido impugnado de manera autónoma debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que la entidad demandante no está legitimada para defender los intereses de los trabajadores afectados.

8º Las consideraciones realizadas por el Interventor Municipal en el informe de sostenibilidad sobre la inclusión de la Entidad Pública Empresarial creada en el sector de "sociedades no financieras" se ajustan a lo dispuesto en el Sistema Europeo de Cuentas de 2010 máxime si se tiene en cuenta la decisión adoptada por la Intervención General del Estado clasificando de esa manera, y no en el sector de Administraciones Públicas, a la Entidad Pública Empresarial.

9º La Memoria elaborada cumple todos los requisitos exigidos legalmente respecto a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera sin que, por lo tanto, se incurra en los defectos que alega la entidad demandante debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que dicha Memoria contiene la motivación suficiente para justificar la elección acordada.

10º La Entidad Pública Empresarial creada no tiene la consideración de medio propio del Ayuntamiento.

En el escrito de conclusiones presentado hace referencia, en apoyo de la tesis que sostiene, a algunos aspectos de la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario identificado con el número 14-17, que se ha seguido en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de los existentes en esta Ciudad, que es firme.

**TERCERO.-** La entidad demandante, tras oponerse a la causa de inadmisión del recurso en los términos que luego se dirán, alega, en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso, la fundamentación jurídica que, de manera extractada, se va a indicar a continuación y ello sin perjuicio de que al analizar la misma se haga una exposición más extensa de su contenido:

1º La decisión adoptada por el Ayuntamiento e impugnada por medio del presente recurso supone, y así se deduce de los informes aportados con el escrito de demanda, el establecimiento de un monopolio público en el mercado de la gestión de los servicios referidos al ciclo integral del agua (abastecimiento, saneamiento y depuración) en Valladolid eliminando cualquier posibilidad de libre competencia y de iniciativa privada produciéndose, de esta manera, un cambio en la situación existente hasta el momento de adoptar el acuerdo



impugnado. Lo señalado incide, de manera directa, en los intereses legítimos de la entidad demandante en cuanto que queda privada de seguir compitiendo en el mercado al haber desaparecido éste por lo que debería habersele dado audiencia en el expediente. La omisión de ese trámite es esencial en cuanto que afecta a la esencia del procedimiento por lo que es causa de invalidez del acuerdo adoptado.

2º Se ha incumplido el procedimiento exigido para ejercer la iniciativa pública en una actividad económica y, de manera especial, la composición de la Comisión creada al efecto, en la que no hay representantes de los usuarios, y la información pública.

3º Se ha incumplido el procedimiento exigido para el establecimiento de un régimen de monopolio habiéndose omitido, de manera especial, el preceptivo informe de la autoridad de defensa de la competencia y el acuerdo aprobatorio del Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León.

4º El procedimiento seguido, en el momento de adoptar la decisión que pone fin al mismo, ha caducado al haber transcurrido, en exceso, el plazo de tres meses resultando que no se produce un silencio negativo al no cumplirse lo dispuesto en el artículo 44,1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5º El acuerdo impugnado produce, entre otros, el efecto de la subrogación de los trabajadores de Aguas Valladolid incumplándose la normativa sobre empleo público.

6º Los acuerdos impugnados vulneran los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, tal y como se acredita en el informe aportado con el escrito de demanda, que ha sido ratificado y aclarado en la prueba practicada al efecto. La Entidad Pública Empresarial creada no puede ser, tal y como se dice en la Memoria, un productor del mercado en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) en cuanto que debe estar dentro del Sector Administraciones Públicas, con la trascendencia que ello tiene en cuanto que la Entidad Pública Empresarial sí debe consolidar con el sector público a efectos de la SEC. El acuerdo adoptado por la Intervención General del Estado, que es de fecha reciente, no puede tener la trascendencia que le quiere atribuir el Ayuntamiento demandado dado que lo esencial son los errores en los que incurre la Memoria elaborada, que han sido detectados en el informe elaborado y que, como se ha dicho, evidencian el no cumplimiento de los Principios indicados, es decir el de sostenibilidad financiera y el de estabilidad presupuestaria.

7º No ha quedado demostrado que la gestión directa a través de la creación de una Entidad Pública Empresarial sea la forma más eficiente de gestión del servicio público debiendo tenerse en cuenta que, según el informe técnico aportado, ratificado y aclarado en el trámite de prueba



practicado en este procedimiento, ha acreditado que la gestión indirecta del servicio es más eficiente y sostenible que la gestión directa.

8º No ha quedado justificado que la Entidad Pública Empresarial sea un medio propio del Ayuntamiento de Valladolid susceptible de recibir encargos del propio Ayuntamiento.

**CUARTO.-** Se considera conveniente, como ya se hizo en la sentencia que puso fin al Procedimiento Ordinario identificado con el número 14-2017, que se ha seguido en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de los existentes en esta Ciudad, hacer referencia a algunas cuestiones que van a ayudar a analizar la posición que mantienen las partes sobre lo suscitado en el presente recurso. Estas cuestiones son las que se van a indicar seguidamente.

#### **1ª Sobre los acuerdos impugnados.**

El acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016, que se ha mantenido en todo su contenido al desestimarse íntegramente el recurso de reposición que la entidad demandante interpuso contra el mismo, decide, en lo esencial, gestionar de manera directa, concretamente a través de una Entidad Pública Empresarial Local, 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 ello no impide que pueda analizarse, con efectos en este procedimiento judicial, lo alegado al respecto por la entidad demandante. El acuerdo impugnado tampoco adopta una decisión, atendiendo a lo previsto en el artículo 86,2 de la LBRL, sobre la reserva de los servicios ni sobre su efectiva ejecución en régimen de monopolio.

La Memoria aprobada, que es en la que se basa la decisión adoptada por el acuerdo impugnado, 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 documento denominado "El ciclo urbano del agua". V.2 (folios 23 a 168 del expediente).

La Memoria propiamente dicha comprende los folios 275 a 419 del expediente administrativo 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) estudio comercial del servicio/ingresos; y (4) programa de actuación plurianual y anual, 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 (folios 169 a 274 del expediente administrativo).

El acuerdo que se está analizando, antes de su adopción, ha sido informado por el Interventor General del Ayuntamiento (folios 260 a 270 del expediente), que 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 235), solicitó un informe de la Asesoría Jurídica sobre el procedimiento a seguir, informe que se emitió el día 24 de octubre de 2016 (folios 237 y siguientes del expediente).

## **2ª Sobre el contexto en el que se adoptan los acuerdos impugnados.**

En este apartado hay que señalar, y así se deduce de la documentación existente en el expediente administrativo remitido por la Administración demandada, 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, ha finalizado 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 por Aguas de Valladolid, SA mediante un contrato administrativo de concesión.

También hay que poner de manifiesto que la finalización, por el transcurso del plazo, del contrato de concesión, determina la pérdida de efectos del acuerdo que en su día se debió adoptar decidiendo que el servicio se gestionaría de manera indirecta, concretamente por medio de una concesión administrativa, por lo que el Ayuntamiento demandado, por exigirlo así el artículo 85,2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), estaba obligado a decidir la forma, de entre las previstas en el artículo citado, de gestionar el servicio. Dicho de otra manera, el acuerdo adoptado no supone una modificación de la forma de gestión del servicio público respecto a la que se



venía aplicando hasta el día 30 de junio de 2017 dado que esa forma de gestión ha dejado de tener efectos en la fecha indicada de manera que su continuidad exigía, en todo caso, la adopción de un nuevo acuerdo en los términos previstos en el artículo citado. El acuerdo adoptado supone la decisión, ex novo, de la forma de gestión del servicio debiendo tenerse en cuenta que la opción por la gestión indirecta implica la necesidad de llevar a cabo un contrato administrativo de los previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que es la vigente por razones temporales, por lo que, además de cumplir lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL en lo que se refiere a la gestión del servicio de la forma más eficiente y sostenible, es necesario acreditar la necesidad de llevar a cabo el contrato por así exigirlo los artículos 109 y 22 del TRLCSP.

Por último, y en relación con lo que se acaba de señalar sobre el deber de acreditar la necesidad de llevar a cabo un contrato administrativo para gestionar, de manera indirecta, el servicio público y atendiendo a lo alegado por la parte demandante sobre la necesidad de preservar, como criterio a tener en cuenta al decidir sobre las formas de gestión del servicio, la libertad de mercado, hay que indicar que en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco en el de la Unión Europea (Directivas sobre contratación), no está reconocido el llamado principio del "contratista interpuesto" o, lo que es lo mismo, la necesidad de acudir a un contratista para satisfacer una necesidad pública. El hecho de que una determinada prestación (en el presente caso la gestión de un servicio público) pueda ser objeto de un contrato no imposibilita que esa prestación pueda satisfacerse con la utilización de medios propios o, incluso, mediante un convenio interadministrativo dado que el contrato solamente se aplica allí donde la Administración ha decidido que sea así. El hecho de que el contrato público deba adjudicarse siguiendo los principios y normas de publicidad, concurrencia e igualdad no obliga a las Administraciones Públicas a su utilización de manera que esa utilización se hará solamente cuando la Administración la necesite sin que, por lo tanto, exista un principio que proteja las expectativas de las empresas privadas obligando a las Administraciones Públicas a abrirles cualquier oportunidad de negocio que se presente en el ámbito administrativo. Así se deduce del contenido de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 9 de junio de 2009 (Asunto C-480/2006), de 19 de diciembre de 2012 (Asunto C-159/2011), de 13 de junio de 2013 (Asunto C-386/2011) y de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-51/2015). En todas ellas, especialmente en la del año 2009, se viene a admitir la satisfacción de una necesidad pública sin necesidad de tener que acudir al contrato público pudiendo hacerlo utilizando el convenio interadministrativo aunque ese convenio tenga un objeto propio



de los contratos públicos a los que se aplican las Directivas de contratación.

### **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 y concreción 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".

La competencia a la que se ha hecho referencia no permite, por sí misma, considerar que los servicios mencionados sean de titularidad municipal dado que para que sea así es necesario que se produzca la llamada "publicatio", bien por una decisión administrativa o bien por declararlo así una norma jurídica. De esta forma queda claro que no es lo mismo, ni puede confundirse, la competencia municipal con el servicio público de titularidad municipal. La competencia municipal no supone la existencia de un servicio público de titularidad municipal aunque este servicio público se proyecta, necesariamente, sobre una competencia implicando, por eso es algo más que la competencia, su ejercicio efectivo. La proyección indicada, salvo que se trate de servicios públicos de prestación obligatoria por así determinarlo la Ley, exige una decisión municipal estableciendo el servicio y su régimen jurídico.

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 con un derecho del vecino a recibir la prestación de esos servicios (artículo 18,1 g) de la LBRL), cuyo cumplimiento puede exigirse utilizando los medios legales (puede consultarse a este respecto el



fundamento de derecho 9º de la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016).

La obligatoriedad mencionada permite entender que los citados servicios no solo son de competencia municipal sino también de titularidad municipal porque así lo ha querido la Ley, concretamente la Ley 7/1985, de 2 de abril, por lo que la prestación de esos servicios por parte del Ayuntamiento no requiere la adopción de una decisión administrativa asumiendo su titularidad y ello sin perjuicio de que haya que adoptar la decisión correspondiente cuando la titularidad legal implica efectiva ejecución o prestación del servicio en régimen de monopolio debiendo hacerlo, en este caso, en los términos previstos en el artículo 86,2 de la LBRL puesto en relación con el artículo 97,2 del Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL). El Tribunal Constitucional, en la sentencia 41/2016, de 3 de marzo (FJ 9º), considera que en el caso del artículo 26,1 de la LBRL, los municipios no sólo están directamente habilitados (y obligados) a prestar los servicios de manera que esa obligación del municipio tiene, como ya se ha dicho, la correspondencia con un derecho del vecino a exigirla. Esta obligatoriedad, que viene impuesta por la Ley, no se compatibiliza bien con la tramitación de un expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 97 del TRRL siendo evidente, como se va a indicar seguidamente, que ese expediente no es necesario.

3º No puede confundirse el servicio público de prestación obligatoria por mandato legal con el servicio público reservado. No todos los servicios obligatorios están reservados ni tampoco los que lo están se tienen que prestar, necesariamente, en régimen de monopolio y, en definitiva, con exclusión de la iniciativa privada. Puede existir un servicio obligatorio reservado cuya efectiva ejecución no se lleve a cabo en régimen de monopolio.

El abastecimiento domiciliario y la depuración de aguas son, además, servicios esenciales 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. En dicho artículo no se hace una mención expresa al servicio de alcantarillado entendiéndose que el mismo, por su finalidad, puede formar parte de la recogida y tratamiento de residuos, que también está reservado. La configuración de los servicios como obligatorios, es decir de titularidad municipal, y la reserva legal a favor de las entidades locales hace, como ya se ha dicho, que no sea necesario adoptar ningún acuerdo de municipalización (asunción de la titularidad del servicio para prestarlo como tal, ya sea en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio) dado que ese acuerdo solamente será necesario cuando el ente local vaya a hacer efectiva la prestación del servicio obligatorio y reservado en régimen de monopolio debiendo cumplirse, en este caso, lo previsto en el artículo 86,2 de la LBRL y en el artículo 97 del TRRL y



concordantes del Reglamento de Servicios. El acuerdo mencionado también será necesario, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 86,1 de la LBRL, puesto en relación con el artículo 97,1 del TRRL, cuando el Ayuntamiento decida ejercer la iniciativa pública sobre una actividad económica no configurada legalmente como servicio de titularidad municipal resultando, hay que insistir en ello, que la configuración legal de una actividad como servicio público de prestación obligatoria y de titularidad municipal hace innecesaria esa decisión sobre municipalización dado que ha sido la propia Ley, al configurar la actividad como servicio público de prestación obligatoria por el municipio, la que ha determinado que esa actividad queda reservada al ente local sin necesidad de adoptar una decisión administrativa de municipalización o, o que es lo mismo, de asunción de la titularidad de la actividad para convertirla en servicio público y someterla al derecho administrativo (así ocurre, cogiendo el ejemplo que cita la parte demandante en el escrito de conclusiones, con la actividad de gimnasios o con la actividad de servicios funerarios. Esas actividades tienen contenido económico y son de la competencia municipal aunque ninguna de ellas son servicios públicos de titularidad municipal. Cuando el Ayuntamiento decida prestar esas actividades asumiendo su titularidad y, en definitiva, convirtiéndolas en servicio público, debe tramitar un expediente en los términos previstos en el artículo 86,1 de la LBRL, puesto en relación con el artículo 97,1 del TRRL. Este procedimiento, como se ha dicho, no es necesario cuando la Ley atribuye la titularidad de un servicio al Ayuntamiento, que es lo que ocurre con los servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas). La sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 23 de mayo de 1997, Rec. Casación, 6813/1991, es muy ilustrativa de lo que se acaba de señalar cuando indica:

"QUINTO.- La recurrente hace eje central de su argumentación la consideración de que la explotación de la Balsa para "el abastecimiento de agua para riego" constituye una actividad económica, no, como pretende el pleno del Cabildo, un servicio público, y por ello debió observarse las exigencias establecidas en el art. 97 TRRL, cuya omisión debe conducir a la declaración de nulidad de los acuerdos combatidos por falta de competencia y ausencia de procedimiento.

Ahora bien, la actividad económica a cuyo ejercicio por las entidades locales, en régimen de libre concurrencia o de reserva, se refieren tanto el artículo 86 LBRL como el artículo 96 TRRL, como actividad industrial o comercial distinta de los servicios públicos locales, se enmarca dentro de la iniciativa pública económica que reconoce el artículo 128.2 de la Constitución. Y es para esta actividad para la que, además del título habilitante se exige, por la trascendencia de la medida, un reforzamiento de las formalidades del expediente administrativo en los términos del invocado artículo 97 TRRL y que se traducen: en el acuerdo inicial de la Corporación y la designación de una Comisión que redacte la Memoria relativa a los aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros de la actividad en la que se precisará la forma de gestión; la toma de consideración de la Memoria por la Corporación, la exposición pública de la misma para alegaciones; y la aprobación del proyecto por la Entidad Local, conforme al artículo 47 LBRL. Exigencias que se acrecientan, incluso, con la intervención del



órgano de gobierno la Comunidad Autónoma cuando se trata de una gestión en régimen de monopolio.

No ocurre así en los servicios públicos de la competencia de los Entes Locales, respecto de los que se reconoce a aquéllos una amplia potestad para la organización y modificación de la gestión, según resulta de los *artículos 85.2 LRBRL* y 30 RSCL, con algunas excepciones determinadas por la propia norma, como la establecida para la gestión de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad o los límites señalados para concretas técnicas de gestión.

Resulta por ello necesario, como resulta del propio planteamiento de la Corporación actora, determinar si, en la gestión o aprovechamiento del agua de la Balsa de la Montaña de Taco, estamos ante una actividad prestacional incluíble en la iniciativa pública de una actividad económica por parte del Cabildo, conforme al *artículo 86 LRBRL*, o puede considerarse un servicio público de dicha Entidad Local incluíble en la noción que incorpora el *artículo 85 LRBRL*.

SEXTO.- El concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca. En *sentencia de 24 de octubre de 1989, este Tribunal*, advierte que ningún texto legal da un concepto de servicio público y atiende a una noción estricta de servicio público considerándole "como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua". En este sentido, la actividad que se contempla, de explotación de "Balsas" para el abastecimiento de agua para el riego, no puede considerarse desde luego, como un servicio público de titularidad del Cabildo. Ahora bien, la referida noción, a pesar del supuesto en el que se pronuncia la sentencia citada, es más bien predicable del servicio público en la esfera estatal, en la que aparece íntimamente vinculada a la idea de titularidad, junto a la referida exigencia de Ley formal. El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el reiterado *artículo 85 LRBRL*, que considera servicios públicos a "cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales". Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o "publicatio", la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local.

De esta manera, pueden considerarse servicios públicos locales los que los Entes Locales declaren como tales, siempre que cumpla los requisitos del *artículo 85 LRBRL* aunque no puedan considerarse de titularidad local".

En la sentencia mencionada se diferencia claramente la "actividad económica" del concepto de "servicio público" resultando que solamente para el ejercicio de actividades económicas (dejando ahora al margen lo dicho sobre la efectiva



ejecución del servicio obligatorio reservado en régimen de monopolio), las del artículo 86,1 de la LBRL y las del artículo 96 del TRRL, se requiere el procedimiento previsto en el artículo 97 del TRRL señalando, además, que el cambio en la forma de gestión de una actividad calificada como servicio público forma parte de la potestad de autoorganización del ente local sin que, así hay que deducirlo, esté sometida a un procedimiento especial y, de ninguna manera, al previsto en el artículo 97 del TRRL. Solamente se aplicaría este procedimiento al decidir por primera vez el ejercicio de la actividad económica creando el servicio público o, también por primera vez, al decidir, respecto al servicio de prestación obligatoria por mandato legal, sobre la efectiva ejecución en régimen de monopolio. En estos dos casos, y solo en ellos, la forma de gestión del servicio forma parte del expediente que se tramita para adoptar las decisiones indicadas siendo consustancial a él y, por lo tanto, sometido a la misma tramitación. El cambio de gestión del servicio ya creado o ya prestado en régimen de monopolio es una decisión autónoma respecto al ejercicio de la iniciativa económica o a la prestación del servicio reservado en régimen de monopolio y por ello no está sometida al expediente al expediente previsto en los artículos a los que se ha hecho mención debiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL.

Lo que se acaba de indicar se completa con lo que se va a decir a continuación. Tanto actividad económica resultante de la iniciativa local como el servicio público local suponen una intervención directa de la Administración Local en el sistema económico de producción de bienes y servicios que se contraponen a las llamadas intervenciones indirectas llevadas a cabo mediante regulación o utilizando otras técnicas de control siendo idénticos los medios de gestión que pueden utilizarse (los del artículo 85,2 de la LBRL). **La diferencia que hay que destacar, por ser la que ahora interesa, es que la iniciativa pública económica se presta en régimen de libre competencia mientras que el servicio público puede prestarse, aunque no necesariamente tenga que ser así, en régimen de concurrencia pero no en el de libre competencia dado que en el servicio público hay un interés público prevalente que excluye, en todo o en parte, la libre competencia y, en definitiva, las reglas de mercado propias de la actividad que resulta del ejercicio de la iniciativa económica local dado que en el servicio público hay un fin de interés general amparado por un mandato legal.** Las restricciones mencionadas no tienen porqué implicar una exclusión total del mercado ni tampoco han de conducir necesariamente a una prohibición total del acceso y ejercicio de la actividad económica en que consiste el servicio público a la iniciativa privada pudiendo producirse, y así ocurrirá en los servicios públicos monopolizados, una competencia por el mercado (licitación de una forma de gestión indirecta) y no en el mercado al existir monopolio (puede consultarse, a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo 5279/1989, de 10 de octubre).



4º Volviendo a los servicios públicos esenciales reservados en los términos del artículo 86,2 de la LBRL hay que indicar que los mismos pueden prestarse con exclusión del mercado, es decir en régimen de monopolio, en cuanto que puede imposibilitarse la intervención de operadores privados salvo que se decida que su gestión se lleve a cabo de manera indirecta en cuyo caso los operadores privados compiten, al participar en la licitación, por el mercado pero no en el mercado al tener imposibilitada la iniciativa para poder prestar ese servicio.

En relación con lo que se acaba de señalar, hay que destacar dos aspectos. El primero de ellos se concreta, y así resulta de lo dispuesto en el artículo 86,2 de la LBRL, en que el servicio esencial reservado no implica, por mandato de la Ley, monopolio correspondiendo esa decisión a la Administración titular del servicio, que la habrá de adoptar siguiendo el procedimiento previsto en el 2º párrafo del artículo 86,2, puesto en relación con el artículo 97,2 del TRRL, cuando la actividad reservada se ejecute de forma efectiva en régimen de monopolio. El segundo aspecto que hay que destacar es que la efectividad de la reserva de un determinado servicio no se produce por su sola reserva legal dado que no solo es necesaria esa reserva legal sino también la efectividad de la misma para lo que se precisa, si se hace, como será lo normal, en régimen de monopolio, el expediente antes indicado.

Lo que se acaba de señalar permite entender que los servicios públicos obligatorios que se están analizando pueden prestarse y gestionarse por el Ayuntamiento, por ser el titular de los mismos, sin necesidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 86,2 de la LBRL dado que así lo permite, y también obliga, el artículo 26 de la Ley citada. Solamente cuando el Ayuntamiento quiera hacer efectiva la reserva y esta implique la prestación del servicio en régimen de monopolio será necesario cumplir lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 86,2 de la LBRL y en el artículo 97,2 del TRRL.

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", lo que viene a confirmar lo ya dicho, es decir que después de haber ejercido la iniciativa pública o después de haber hecho efectiva, en el caso de los servicios o actividades reservados, la prestación en régimen de exclusión o de monopolio, el cambio de gestión del servicio no está





sometido al procedimiento previsto en el artículo 97 del TRRL. Esto es lo que ocurre con los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración, que 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 ya mencionada 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 esa gestión debe hacerse de la forma más eficiente y sostenible. El contenido del artículo, en el apartado que se está analizando, no tiene la claridad que sería deseable. Se dice esto por lo siguiente: (1) el artículo, de manera expresa, no establece que la elección de la forma de gestión del servicio público, ya sea directa o ya sea indirecta, se tenga que hacer a favor de la que sea más sostenible y eficiente; (2) lo que dice el artículo es que los servicios públicos “habrán de gestionarse” de la forma más sostenible y eficiente, lo que puede hacer pensar la “la forma más sostenible y eficiente” se aplica a la gestión del servicio una vez que se ha decidido la forma de hacerlo y no a la elección de esta forma, máxime si se tiene en cuenta que la expresión “forma” pueden entenderse como la manera o modo de hacer una cosa, en el presente caso la gestión del servicio público; y (3) la elección de la forma de gestión del servicio público no implica, por sí misma, gasto formando parte de la potestad de autoorganización del ente local, que, por su propia naturaleza, es discrecional admitiendo varias opciones posibles resultando que esa posibilidad de opción desaparece o, al menos, se ve muy limitada, si la “forma más sostenible y eficiente” se aplica en el momento de elegir la forma de gestionar el servicio público. La falta de claridad del artículo obliga a aplicarlo teniendo en cuenta, ante todo, la finalidad que persigue recogida en la exposición de motivos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y que puede concretarse en



la consolidación fiscal y la eliminación o reducción del déficit público. Esa aplicación finalista debe hacerse, a criterio de este Órgano Judicial, de la siguiente manera: (1) la elección de la forma de gestión del servicio público, directa o indirecta, no puede hacerse al margen de lo que resulte de la sostenibilidad y eficiencia obtenida sobre un modelo teórico en el que se manejan datos no reales en cuanto que no se obtienen del resultado de la gestión, que todavía no se ha iniciado. Estos datos, por corresponder a ese modelo teórico, son susceptibles de ser interpretados de distintas maneras sin que, en ningún caso, admitan decisiones arbitrarias ni irracionales por lo que el modelo ha de responder a una lógica y el resultado obtenido debe ser coherente con ella. Este modelo teórico es lo que posibilita una cierta libertad de elección, que forma parte de la potestad discrecional, del municipio; y (2) la forma más sostenible y eficiente se tiene que aplicar, con toda intensidad, es decir según los criterios que se articulan en las Leyes, en la puesta en marcha de la forma de gestión del servicio público elegida debiendo tenerse en cuenta que los datos que se manejan para tomar la decisión sobre la forma de gestión del servicio público no necesariamente, por corresponderse con un modelo teórico, durante el tiempo en el que se aplica la decisión adoptada resultando que lo normal es que esos datos varíen. Es en este momento cuando "la forma más sostenible y eficiente" adquiere verdadera relevancia económico-financiera en cuanto que su incumplimiento obliga, por así elegirlo la normativa aplicable, a adoptar las medidas de corrección, que, si no producen el resultado exigible, pueden obligar a cambiar la forma de gestión ya elegida. Lo que se acaba de señalar es relevante en cuanto que la trascendencia jurídica de los incumplimientos que se produzcan no es la misma cuando ocurren al decidir la forma de gestión que al aplicar la forma elegida.

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 y 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 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 publico 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 específico o reglado 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 el equivalente al trámite de información pública previsto en el artículo 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 83 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre).

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) debiendo reiterarse lo ya dicho en el apartado 3º anterior aunque volviendo 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 última 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, como ya se ha dicho, que cuando no ocurra lo indicado. Concretamente cuando la decisión de

municipalización o de asunción efectiva en régimen de monopolio de un servicio reservado, no es aplicable el procedimiento previsto en los artículos citados.

Por último hay que indicar, admitiendo que sobre este aspecto la doctrina no mantiene posiciones unánimes, que el derecho europeo no tiene una incidencia directa sobre la elección de la forma de gestión del servicio público dejando a las Estados miembros, en aplicación del principio de neutralidad y en los supuestos en los que no existan normas específicas sobre armonización de servicios de interés general, circunstancia que no ocurre respecto a los servicios sobre los que se proyectan los acuerdos impugnados no así respecto a otros (p.e, telefonía), libertad de elección según lo que al respecto se disponga en la normativa interna. En este apartado hay que reiterar lo ya dicho sobre el no respaldo, tanto en la normativa nacional como en la europea, del llamado "contratista interpuesto". La nueva Ley de Contratos del Sector Público, no solo amplía, de manera importante, las posibilidades de satisfacer las necesidades públicas utilizando medios propios o el acuerdo con otros entes del sector público sin necesidad, en definitiva, de acudir al contratista colaborador (artículos 31 y siguientes de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, puestos en relación con el artículo 6 y demás preceptos concordantes y complementarios), sino que sigue manteniendo la necesidad de justificar la contratación en el momento de decidir sobre su procedencia (artículos 28 y 116 de la Ley). La colaboración público-privada se aplicará solo cuando la Administración la necesite y así lo acredite sin que, por lo tanto, exista un derecho del operador del mercado a que esa colaboración se produzca dado que ello depende de una decisión interna de la Administración y ello sin perjuicio de que cuando la decisión sea favorable a esa cooperación exista un derecho reaccional para conseguir que la misma se haga con transparencia, objetividad, igualdad, publicidad y libre concurrencia (artículo 1,1 de la Ley).

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

La cuestión planteada ha de analizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido del año 2011 por ser el temporalmente aplicable, 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. También puede tenerse en cuenta la sentencia del TJUE fechada el día 19 de octubre de 2017 (Asunto C-200/16). Este criterio de los Tribunales 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 citada 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 han producido transcurrido el año 2016, que es durante el que está vigente la Disposición Adicional citada.

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 de esa Ley 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 considerar 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.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>, 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 impidiendo su incorporación 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.-** Procede analizar, una vez que se han hecho las consideraciones contenidas en el fundamento de derecho precedente, la posición que mantienen las partes sobre lo suscitado por medio del presente recurso **comenzando, por razones lógicas, por la causa de inadmisión del recurso alegada por la Señora Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado,** que considera que el recurso debe inadmitirse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 b) de la LJCA al considerar que la entidad demandante carece de legitimación activa para interponer el presente recurso. La tesis indicada la sustancia en las consideraciones que, de manera resumida, se va a indicar a continuación:

1ª La demandante no tiene ningún derecho ni interés legítimo en el asunto objeto de enjuiciamiento dado que el contrato que le unía con el Ayuntamiento en virtud del cual venía prestando el servicio se ha extinguido el día 30 de junio de 2017.

2ª La declaración de invalidez pretendida no conlleva, necesariamente, que el servicio se tenga que gestionar indirectamente convocando el correspondiente procedimiento de licitación en el que podría participar la entidad demandante.

3ª El hecho de que el Ayuntamiento haya mantenido contactos y reuniones con la entidad demandante no le otorga legitimación para interponer el presente recurso dado que ello se ha debido a su posición de concesionaria, que le obliga a facilitar datos al titular del servicio al finalizar la concesión.

4º No puede confundirse, y eso parece hacer la entidad demandante, el interés legítimo con la defensa de la legalidad.

5º La Entidad Pública Empresarial creada no es un medio propio del Ayuntamiento por lo que decae la tesis que al respecto sostiene la parte demandante para fundamentar su legitimación.

6º La jurisprudencia que cita la parte demandante (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000) no enjuicia un supuesto que tenga semejanza con el que es objeto del presente recurso dado que se refiere a la impugnación de una norma jurídica, reglamento en materia de telefonía, por una empresa del sector siendo evidente que esa empresa recurrente era destinataria de la legislación sectorial contenida en el reglamento recurrido.

7º El hecho de que la entidad demandante carezca de legitimación activa no supone que esa legitimación no la puedan tener otros sujetos y así ha quedado acreditado a la vista de los recursos interpuestos.



La entidad demandante se opone a la aceptación de la causa de inadmisión del recurso entendiendo, en consecuencia, que tiene legitimación activa para su interposición apoyándose en las consideraciones que, en extracto, se van a indicar a continuación:

1º Tiene, y así lo afirma, un claro interés legítimo que se ha visto perjudicado por los acuerdos impugnados en cuanto que su ejecución ha supuesto un cierre del mercado y, en definitiva, ha perdido la posibilidad de competir para desarrollar una actividad sobre la que tiene un interés acreditado en la ciudad de Valladolid y, además, forma parte de su objeto social. Lo que se acaba de indicar supone, a su juicio, que los acuerdos adoptados, a pesar de afectar a una decisión interna y, de alguna manera, discrecional, no son neutros hacia el exterior incidiendo, como se ha dicho, de forma negativa y perjudicial en su actividad.

2º Los acuerdos impugnados suponen un cambio respecto al régimen aplicable con anterioridad en cuanto que se abandona la gestión indirecta y se opta por la gestión directa del servicio siendo evidente que ese cambio le afecta a su posición como entidad privada que actúa en el mercado. Esa sola razón es suficiente para entender que puede cuestionar la legalidad de los acuerdos adoptados en cuanto que, como operador en el mercado, tiene que tener la posibilidad de exigir a la Administración que cumpla la normativa aplicable, especialmente lo dispuesto en los artículos 85 y 86 de la LBRL.

3º El interés legítimo indicado en la consideración anterior no puede confundirse con el mero interés por la legalidad produciéndose, como así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 1 de febrero de 2000, un efecto expansivo de la legitimación activa.

4º Los acuerdos impugnados encargan a un "medio propio" la prestación de un servicio sin que se cumplan los requisitos legales para ostentar la condición de medio propio por lo que hay una legitimación derivada del recurso especial establecido en la legislación de contratos del sector público.

5º Los acuerdos impugnados tienen una incidencia directa sobre la plantilla y sobre el personal de Aguas de Valladolid, SA, lo que proporciona un interés legítimo para poderlos recurrir.

5º Aunque se haya ejercido una pretensión de invalidez, su estimación genera un escenario diferente al que resulta de la ejecución de los acuerdos impugnados posibilitando, de futuro, la convocatoria de una licitación en la que pueda competir y participar. Cita la sentencia del TSJ de Andalucía de 11 de enero de 2016.



6º En la Memoria aprobada se hace referencia a la entidad demandante siendo ello suficiente para entender que tiene interés legítimo a lo que hay que añadir que el propio Ayuntamiento ha tenido contactos con los representantes de la entidad demandante, lo que evidencia la existencia del interés indicado en cuanto que los acuerdos recurridos afectan a su esfera de actuación.

La decisión que se adopte sobre la causa de inadmisión del recurso alegada por la Señora Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19,1 de la LJCA, puesto en relación con la pretensión ejercida por medio del recurso interpuesto, y con el criterio que mantiene la jurisprudencia debiendo señalarse, desde este momento, que la legitimación ha de examinarse caso por caso decidiendo lo que corresponda atendiendo a las circunstancias concretas que concurran en cada uno de ellos y haciendo, en caso de suscitarse dudas sobre su existencia, una interpretación favorable de la normativa aplicable al ser esa interpretación la que mejor se corresponde con la mayor garantía al respecto y ejercicio de del derechos fundamentales, en el presente caso del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución a efectos de obtener una sentencia que decida sobre el fondo de la cuestión planteada.

El artículo 19,1 a) de la LJCA dispone que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre otros sujetos y en lo que ahora importa, "Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o un interés legítimo".

La entidad demandante, por medio del presente recurso, ejerce, como ya se ha dicho, una pretensión de mera anulación orientada a declarar la invalidez de los acuerdos impugnados. En sentido negativo hay que señalar que la entidad demandante no pretende que los servicios se gestionen de forma indirecta ni tampoco que se le reconozca un derecho, como antigua concesionaria, a continuar con la gestión de los servicios hasta tanto se haga efectiva, como consecuencia de la invalidez de los acuerdos impugnados, la nueva decisión que adopte el Ayuntamiento demandado.

La jurisprudencia ha venido concretando el contenido del interés legítimo al que se refiere el artículo 19,1 a) de la LJCA, que es el concepto que ahora interesa dado que la demandante no alega ni tampoco ostenta un derecho relacionado con los acuerdos impugnados, utilizando varios criterios. Puede consultarse, a este respecto, la sentencia del TSJ de Cataluña fechada el día 18 de noviembre de 2016, Rec. 346/2013, y las que se citan en la misma, en la que se analiza la legitimación activa de una entidad, considerando que la misma no existe, en relación con un acuerdo que aprueba las tarifas en alta del servicio de abastecimiento de agua por el sistema Ter-Llobregat apoyada en ser la concesionaria de la

gestión del servicio de abastecimiento de agua en baja, que viene obligada a recaudar las tarifas de los usuarios finales. También se puede hacer referencia, entre otras, a la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 13 de julio de 2015 (Rec. Casa. 2487/2013) en la que se indica lo siguiente en relación con los requisitos que deben concurrir para poder entender que existe legitimación activa para recurrir:

**"TERCERO.** La sentencia de instancia declaró la inadmisibilidad del recurso planteado por la Fundación, entendiendo que dicha entidad carecía de la legitimación activa necesaria, al carecer de un interés legítimo, para recurrir la Orden JUS/977/2011, de 5 de abril, por la que se mandó expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la Real Carta de Sucesión en el título de Marqués DIRECCION000 a favor de doña Eloisa.

*En el recurso de casación se entremezclan alegaciones destinadas a combatir la inadmisibilidad del recurso y otras referidas a la nulidad de la Orden impugnada por razones procedimentales o de fondo. Es por ello que conviene empezar por aclarar que la sentencia de instancia, cuya impugnación se pretende, declaró inadmisibles su recurso por falta de legitimación activa por lo que será preciso analizar si la inadmisibilidad acordada es conforme a derecho, pues de ser así resulta improcedente cualquier otra consideración sobre las pretendidas irregularidades que la parte imputa a la Orden impugnada.*

*La legitimación es presupuesto inexcusable del proceso, que implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, en STS, Sala 3ª, Sección 7ª de 11 de febrero de 2003, al resolver el recurso nº 53/2000), así como en la jurisprudencia constitucional (por todas, la STC 65/94), 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 (como subraya esta última jurisprudencia en SSTC 105/1995, de 3 de julio, F. 2; 122/1998, de 15 de junio, F. 4 y 1/2000, de 17 de enero, F. 4).*

*Para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (STC núms. 197/88, 99/89, 91/95, 29/95, 123/96 y 129/2001, entre otras).*

*En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha señalado:*

**a)** *Por interés, que la normativa vigente califica bien de «legítimo, personal y directo», o bien, simplemente, de «directo» o de «legítimo, individual o colectivo», debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.*

**b)** *Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está*



conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

*c) Ese «interés legítimo», que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de «personal y directo», pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/198) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superado y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.*

*d) Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994, la legitimación "ad causam" conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la sentencia de 21 de abril de 1997, se parte del concepto de legitimación "ad causam" tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente.*

*La respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos. La existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga".*

La legitimación activa, como se ha dicho al comienzo de este fundamento de derecho, ha de ser examinada y decidida caso por caso y en el que ahora se enjuicia concurren una serie de circunstancias que, a criterio de este Órgano Judicial, deben tenerse en cuenta para adoptar una decisión sobre la causa de inadmisión del recurso que se está analizando siendo estas las siguientes:

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.

2ª Lo alegado por la parte demandante en defensa de la legitimación activa que dice tener para interponer el presente recurso tampoco puede considerarse infundado en cuanto que su posición en relación con la decisión adoptada por el



Ayuntamiento demandado, puesta en relación con la pretensión ejercida, no es la de un sujeto cualquiera sino la de una entidad mercantil cuyo objeto social se proyecta sobre la gestión de los servicios públicos respecto de los que el Ayuntamiento ha decidido gestionarlos directamente y cuya actividad principal ha estado dedicada a la gestión, mediante un contrato administrativo de concesión, de esos servicios públicos resultando, además, que en el momento de adoptar los acuerdos, y también en el momento de interponer el presente recurso, era la concesionaria de esos servicios dado que el contrato administrativo, como se ha dicho, se extinguió, por el transcurso del plazo, el día 30 de junio de 2017. Esta posición de la entidad demandante no puede dejar de tenerse en cuenta ni tampoco prescindir de su valoración a la hora de decidir sobre si tiene o no legitimación activa para recurrir en cuanto que la pretensión anulatoria ejercida, precisamente por ostentar esa posición, no puede considerarse que esté orientada a defender, de manera abstracta y desde un punto de vista meramente objetivo, la legalidad aplicable entendiendo que esa defensa tiene relación directa con la posición a la que se ha hecho referencia.

La valoración de las circunstancias indicadas, hecha con un criterio orientado a favorecer el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, **conduce, y así se acuerda por medio de esta sentencia, a rechazar la causa de inadmisión del recurso alegada por la Señora Letrada que representa y defiende al Ayuntamiento demandado entendiéndose, en consecuencia, que 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 ha 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.





**SEXTO.-** Rechaza la causa de inadmisión del recurso en los términos indicados en el fundamento de derecho precedente, **hay que analizar la fundamentación jurídica alegada por la parte demandante, expuesta de manera resumida, en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso** haciéndolo por el siguiente orden.

**1º Sobre la caducidad del procedimiento.**

La parte demandante entiende, en lo esencial, que la resolución sobre la forma de gestión de los servicios se ha dictado una vez caducado el procedimiento por haber transcurrido el plazo máximo de tres meses, hecho ocurrido el día 5 de agosto de 2016, por lo que, al ser un procedimiento iniciado de oficio en el que se ejercen potestades de intervención que producen como resultado la gestión de unos servicios creando un monopolio público que restringe la competencia, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 44,2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable por razones temporales atendiendo a la fecha de iniciación del procedimiento, sin que el efecto indicado quede eliminado, al contrario de lo que se señala en el escrito de contestación a la demanda, por el contenido del artículo 92 de la Ley citada, que es aplicable a los procedimientos iniciados a instancia de parte.

**Este fundamento de derecho debe rechazarse** por las siguientes razones.

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.

## **2º Sobre la omisión y negativa del trámite de audiencia.**

La entidad demandante alega que tiene la condición de interesada en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento habiéndose omitido, a pesar de haberse solicitado expresamente, el trámite de audiencia, lo que le ha ocasionado una indefensión real y efectiva produciendo una nulidad de pleno derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 62,1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Este fundamento de derecho también debe rechazarse.** 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.

## **3º Sobre la infracción del procedimiento que debe seguirse para decidir la forma de gestión de un servicio público que, de facto, produce un monopolio.**

La parte demandante considera, básicamente, que el procedimiento a seguir es el previsto en los artículos 86 de la LBRL y 97 del TRRL, complementados por los artículos correspondientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, habiéndose omitido lo establecido en dichos artículos y, de forma singular, se ha infringido la composición de la Comisión, en la que no están los representantes de los usuarios, el trámite de información



pública y el informe de la Comisión de la Competencia debiendo tenerse en cuenta, además, que el propio Ayuntamiento, en el acuerdo decidiendo el inicio del procedimiento, decidió seguir lo dispuesto en los artículos citados por lo que el incumplimiento de este acuerdo municipal supone una vulneración de la doctrina de los actos propios. Llama la atención, debido a la creación de un monopolio de facto, sobre la necesidad de intervención de la Comunidad Autónoma adoptando el acuerdo correspondiente al que se refiere el artículo 86,2 de la LBRL.

**Este fundamento de derecho también debe rechazarse** por las siguientes razones, expuestas de manera resumida dado que las mismas ya han sido referidas en extenso en la consideración cuarta del fundamento de derecho cuarto de esta sentencia:

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.

#### **4º Incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la normativa que regula la incorporación de trabajadores al sector público.**

En este apartado, la entidad demandante hace referencia al contenido de la Memoria aprobada en la que se hace mención a cuestiones sobre la subrogación de trabajadores resultando que corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa decidir sobre la legalidad de esa Memoria dado que ha sido aprobada por el Pleno del Ayuntamiento. Esas referencias, a su juicio, suponen una infracción de la normativa aplicable sobre ingreso en el empleo público, que debe hacerse en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, sobre los límites al incremento del personal del sector público y sobre la condición de trabajador "indefinido no fijo".

**Este fundamento de derecho alegado por la parte demandante tampoco puede tener favorable acogida.** 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”.

**5º Sobre el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos en la Ley Orgánica 2/2016 en conexión con el contenido de los artículos 85,2 y 86,1 de la LBRL y también sobre que la forma de gestión escogida, dentro de las directas, es la más sostenible y eficiente.**

En este apartado la parte demandante hace referencia, de manera especial, al contenido del informe técnico, que ha sido ratificado y aclarado en el trámite de práctica de prueba de este procedimiento, emitido por los profesores de la Universidad de Valencia Don Vicente Montesinos y Doña Rosa M<sup>a</sup> Dasi debiendo tenerse en cuenta (1) que la Administración demandada no ha aportado ninguna prueba que lo desvirtúe a lo que hay que añadir (2) que la decisión de la Oficina Nacional de Contabilidad (Intervención General de la Administración del Estado) sobre la consideración, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC), de la Entidad Pública Empresarial creada como un ente incluido dentro del sector de “Sociedades no Financieras” y, por lo tanto, no incluido como “Administración Pública”, no desvirtúa los acertados razonamientos del citado informe dado que no es descartable que el encuadre hecho por la Intervención General del Estado se haya basado en una documentación no completa debiendo tenerse en cuenta, además, que existen graves contradicciones en la documentación del Ayuntamiento que evidencian el no cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos citados.

Respecto al cumplimiento de la sostenibilidad y eficiencia, hace mención al informe pericial, que también ha sido ratificado y aclarado en el trámite de práctica de prueba de este procedimiento, emitido por los Señores Aranda y Lara, que, a su juicio, acredita, de manera clara, que la Memoria aprobada incurre en errores objetivos que, si llegan a ser corregidos, evidencian que la forma de gestión elegida no es ni la más eficiente ni la más sostenible.

**Este fundamento de derecho alegado por la parte demandante debe rechazarse** siendo ello así en base a lo que se va a señalar seguidamente:



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 trascripción 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 los 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;

#### **6º Sobre el error objetivo al determinar la naturaleza de la "tarifa del servicio".**

La parte demandante considera que la Memoria aprobada ha incurrido en un error al calificar la "Tarifa del servicio" de tasa resultando que la misma es una prestación patrimonial



obligatoria haciendo referencia al informe del profesor Villar Rojas y a la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

**Este fundamento de derecho alegado por la entidad demandante también debe rechazarse.** 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, la 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).

**7º Sobre la no demostración por el Ayuntamiento demandado de que la EPEL sea "medio propio" que pueda recibir encargos suyos sin licitación.**

La entidad demandante alega, en lo esencial, la falta de acreditación de que la Entidad Pública Empresarial creada sea un medio propio del Ayuntamiento de Valladolid que, conforme a la legislación de Contratos del Sector Público, pueda recibir directamente, es decir sin licitación, encargos.

**El fundamento precedente tampoco puede tener favorable acogida.** El acuerdo impugnado decide, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 85,2 de la LBRL, la forma de gestionar unos servicios públicos municipales de carácter obligatorio habiendo optado por la gestión directa mediante una Entidad Pública Empresarial. Esa decisión se adopta en aplicación de la legislación de régimen local estando, por lo tanto, al margen de la legislación de Contratos del Sector Público como lo evidencia el hecho de que no se acuerda "un encargo" ni tampoco se establece "una tarifa" por la prestación que realiza el medio propio por cuenta de la Administración de la que depende. Aquí, hay que insistir en ello, la decisión adoptada forma parte del aspecto organizativo y no del contractual resultando que la normativa aplicable no es la contractual sino la de régimen local.

**La conclusión a la que se ha llegado en el análisis realizado conduce a rechazar lo alegado por la parte demandante en defensa de la pretensión anulatoria ejercida por medio del presente recurso por lo que procede, y así se acuerda por medio de esta sentencia, su desestimación íntegra.**

**SÉPTIMO.-** Cada parte abonará las costas que le haya ocasionado la ostentación de esa condición en este procedimiento **sin que proceda, por lo tanto, condenar a una parte a pagar, en todo o**



en parte, las costas causadas a la contraria al considerar que existen dudas razonables, de hecho y de derecho, sobre lo suscitado en el presente recurso, lo que permite aplicar lo dispuesto en el artículo 139,1 de la LJCA.

### FALLO

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.

### MODO DE IMPUGNACIÓN:

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

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de **50 euros** en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria 0049, sucursal 92, Cuenta nº 0005001274/5109/000094001117, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación recurso seguida del Código "-- Contencioso-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "-- contencioso-apelación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase, indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de la justicia gratuita.

Añade el apartado 8 de la D.A. 15ª que en todos los supuestos de estimación total o parcial del recurso, el fallo





dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, una vez firme la resolución.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

