

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 4 VALLADOLID

AUTO: 00032/2017

Modelo: N35350

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

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

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000011 /2017 0001PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000011 /2017

Sobre: OTRAS MATERIAS

De D/D^a: AGUAS DE VALLADOLID SA:

Procurador D./D^a: CRISTOBAL PARDO TORON

Contra D./D^a: AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

AUTO N° 32/2017

Valladolid a dieciocho de abril dos mil diecisiete

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha turnado a este Juzgado escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid, adoptado en la sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad ahora recurrente contra otro acuerdo, adoptado por el mismo órgano en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016, por el que, en lo esencial y sin perjuicio de la transcripción más detallada que se haga posteriormente, se decide asumir, una vez que finalice el contrato de concesión vigente, hecho que ocurrirá el día 30 de junio de 2017, la gestión directa del ciclo integral del agua de Valladolid mediante la creación de una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL).

El recurso indicado lo interpone la entidad mercantil **AGUAS DE VALLADOLID, S.A**, que, según se ha acreditado oportunamente, está representada 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.

SEGUNDO.- En el escrito de interposición del recurso al que se ha hecho referencia se solicita:

1º La emisión urgente de un recordatorio o requerimiento al Ayuntamiento de Valladolid para que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia nº 78/1996, de 20 de mayo), se abstenga de llevar a cabo la ejecución de los acuerdos impugnados hasta que se haya resuelto la presente pieza separada de medidas cautelares.



2º La suspensión de los acuerdos impugnados y, en concreto, la paralización (a) del establecimiento de la gestión directa de los servicios; (b) del inicio de las actividades de la EPEL y de la realización por ésta de cualquier actuación al amparo de los acuerdos impugnados; y (c) de la subrogación de los trabajadores de Aguas de Valladolid S.A por parte del Ayuntamiento de Valladolid y de la EPEL.

En defensa de la medida cautelar solicitada se alega, en lo esencial y de manera resumida, lo siguiente:

1º Pérdida de la finalidad legítima del recurso interpuesto (periculum in mora) en el caso de no adoptarse la medida cautelar solicitada. En este apartado se señala que la ejecución del acto administrativo impugnado como consecuencia de la no adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada provocaría situaciones irreversibles y perjuicios irreparables, que se concretan de la siguiente manera:

1º Aguas de Valladolid, S.A, como consecuencia de la creación de un monopolio público, vería cerrado su actual mercado de gestión de servicios dado que, siendo su objeto único la gestión de los servicios de gestión integral del agua en el municipio de Valladolid, una sentencia estimatoria del recurso interpuesto haría imposible, en ejecución de la misma, que le situara en la posición que tiene en la actualidad como gestora del servicio indicado (con sus trabajadores, medios, estructura y relaciones con terceros y con el interés legítimo de seguir prestando el servicio de manera indirecta).

2º Los 145 trabajadores que serían subrogados por el Ayuntamiento de Valladolid verían precarizado su empleo y sus derechos laborales siendo aún más irreversible la situación de aquellos trabajadores que el Ayuntamiento no ha decidido asumir.

3º En la actualidad se está gestionando el servicio de una manera satisfactoria y con unos estándares de calidad máximos, tal y como se acredita mediante el "informe técnico-operativo de gestión" que se acompaña, por lo que no existe ningún interés público especial que aconseje la ejecución inmediata de los acuerdos recurridos a lo que hay que añadir que esa ejecución no plantearía ningún problema en el supuesto de que el recurso interpuesto fuera desestimado.

2º Existencia de una "apariencia de buen derecho" en la tesis que se sostiene y sobre la ilegalidad manifiesta de los acuerdos recurridos. En este apartado, también de manera extractada, se señala lo siguiente:

1º Omisión del trámite de audiencia antes de adoptar el acuerdo recurrido en reposición. Considera, al contrario de la posición que mantiene el Ayuntamiento demandado, que es interesada en el procedimiento por lo que se le debería haber dado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, trámite de audiencia de manera que su omisión es una causa de nulidad de pleno derecho que posibilita la aplicación de la



doctrina de la "apariencia de buen derecho" en los términos en que lo viene haciendo el Tribunal Supremo.

2º Omisión total y manifiesta del procedimiento administrativo que debe seguirse para aprobar la gestión directa. En este apartado, con apoyo en los informes que aporta (Informe/Dictamen del profesor Martínez-López Muñiz y de los profesores Sánchez Morón-Desdentado), considera que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, al haberse omitido, de manera singular, el informe de la autoridad competente en materia de competencia, concretamente el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Junta de Castilla y León, y la aprobación, al producirse un monopolio, de la Junta de Castilla y León.

3º Vulneración, como consecuencia de la subrogación de determinados trabajadores, de las normas que establecen restricciones a la contratación de empleados públicos y de las normas que exigen procedimientos de selección de empleados públicos sujetos a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En este apartado, con apoyo del Informe/Dictamen de los profesores Sánchez Morón-Desdentado, señala que existen normas imperativas aplicables al Ayuntamiento de Valladolid y al Sector Público Local que se vulneran al efectuar la subrogación de personal y que son determinantes para asumir la gestión directa del servicio haciendo especial referencia a lo dispuesto en la Ley de Presupuestos del Estado para 2016. Esas normas imperativas son de obligado cumplimiento siendo evidente que son aplicables a los supuestos en los que se decide la gestión directa del servicio debiendo tenerse en cuenta, además, toda la normativa que resulta aplicable para que el acceso al empleo público se haga respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

4º Los acuerdos impugnados vulneran los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, que hay que relacionar con lo dispuesto en el artículo 85,2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. En este apartado, con apoyo en el Informe/Dictamen elaborado por los profesores Don Vicente Montesinos y Doña Rosa M^a Dasi, hace referencia a que la implementación del proyecto aprobado, tal y como está diseñado, es una operación de muy alto riesgo de incurrir en incumplimientos graves de lo dispuesto en la legislación presupuestaria y financiera que resulta aplicable a los entes locales.

3º La ponderación de los intereses en conflicto es favorable a la adopción de la medida cautelar solicitada. En este apartado se señala que el interés público se garantiza con el mantenimiento de la situación actual, es decir permitiendo que se siga gestionando el servicio por quien es adjudicatario de la concesión, sin que exista ninguna dificultad para que, en el caso de que se obtenga una sentencia desfavorable, se pueda revertir la situación al igual que tampoco existe esa dificultad para que, en el caso de que la sentencia sea favorable, se pueda licitar nuevamente el servicio conforme a la legislación que resulta aplicable. Insiste en que, a



su juicio y con apoyo en los informes aportados, el Ayuntamiento de Valladolid no tiene capacidad de gestión ni tampoco capacidad económico-financiera para asumir la gestión del servicio a partir del día 1 de julio de 2017 debiendo tenerse en cuenta, y así se deduce del informe del Señor Interventor, que se dejarían de ingresar 6,5 millones de euros al año en el momento en el que el servicio se empiece a gestionar directamente. Hace referencia al Informe/Dictamen PW para señalar la calidad máxima que alcanza la actual prestación del servicio y los riesgos que produce para el interés público, representado por los ciudadanos usuarios del servicio, la asunción de la gestión directa del mismo atendiendo a lo ya señalado, es decir a la falta de capacidad de gestión del Ayuntamiento.

4º Necesidad de emitir un requerimiento al Ayuntamiento para que paralice cualquier actuación hasta que se resuelva el incidente cautelar. En este apartado se cita la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, así como un Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 17 de los existentes en la Ciudad de Barcelona.

Aporta, haciendo referencia a ellos en los argumentos utilizados en defensa de la medida cautelar solicitada, los Autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Lérida, fechado el día 1 de diciembre de 2016 (Recurso 389/2016), y de Zaragoza, número 4, fechado el día 3 de marzo de 2017 (Rec. 55/2017), considerando que su contenido es perfectamente aplicable al caso que ahora se enjuicia dado la similitud existe con los enjuiciados por dichos Autos. También cita una sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, fechada el día 11 de septiembre de 2013 y referida a la gestión del servicio público sanitario.

TERCERO.- De la medida cautelar solicitada se dio traslado inmediato al Ayuntamiento de Valladolid a efectos de que tuviera conocimiento de la misma y, si lo estimaba oportuno, presentara las alegaciones que creyera conveniente. Mediante escrito registrado el día 12 de abril de 2017 se ha opuesto a la adopción de la medida cautelar solicitada con apoyo en la fundamentación jurídica que, de manera resumida, se va a indicar seguidamente:

1º No procede atender el requerimiento formulado por la parte recurrente para que el Ayuntamiento paralice la ejecución de los acuerdos recurridos hasta tanto se decida sobre la medida cautelar solicitada. La parte recurrente no ha solicitado la medida cautelar in audita parte prevista en el artículo 135 de la LJCA resultando que el requerimiento solicitado no tiene amparo normativo en la LJCA.

2º No existe pérdida de la finalidad legítima del recurso en el supuesto de que no se adopte la medida cautelar solicitada. La invalidez del acuerdo impugnado no supone, al contrario de lo que entiende la parte recurrente, que el servicio se tenga que gestionar de manera indirecta debiendo tenerse en cuenta, además, que la entidad recurrente, como concesionaria del servicio, finaliza su



relación contractual con el Ayuntamiento el día en que se extingue el contrato administrativo suscrito al efecto sin que tenga ningún derecho a ser adjudicataria del servicio en el supuesto de que se decida su gestión indirecta. Las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento para gestionar directamente el servicio se pueden deshacer fácilmente en el caso de que se llegara a estimar el recurso. En cualquier caso, el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso no hay que situarlo, al contrario de lo que entiende la parte recurrente, en el momento presente sino al momento final del proceso debiendo diferenciarse entre complejidad del proceso y reversibilidad del mismo. Cita, en defensa de esta tesis, la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 22 de enero de 2015, Rec. Casa. número 3129/2013, así como el Auto dictado por el TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de mayo de 2013, que se confirma por la sentencia citada, y el Auto del mismo Tribunal Superior de Justicia de 19 de junio de 2013.

2º Los trabajadores no tienen los perjuicios irreversibles que referencia la parte recurrente. Lo alegado por la parte recurrente son meras hipótesis que, de llegarse a producir, podían ser remediadas mediante la correspondiente indemnización económica debiendo tenerse en cuenta que la figura del trabajador "indefinido no fijo" es de creación jurisprudencial y que los procesos selectivos se llevarían a cabo con posterioridad a la subrogación acordada.

3º Los Autos que cita la parte recurrente, concretamente el del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Zaragoza y el del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lérida, contemplan supuestos diferentes al que ahora se plantea por lo que el criterio contenido en los mismos no resulta aplicable al igual que tampoco lo es el criterio que mantiene el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, en la sentencia fechada el día 11 de septiembre de 2013, que también cita la parte recurrente y que se refiere a la gestión indirecta del servicio sanitario.

4º La ponderación de los intereses concurrentes que realiza la entidad recurrente solamente puede verse con carácter instrumental dado que lo determinante es que no existe riesgo de que el recurso interpuesto pueda perder su finalidad legítima en el caso de que no se adopte la medida cautelar solicitada. En cualquier caso, los acuerdos adoptados y las actuaciones que está llevando a cabo el Ayuntamiento garantizan la continuidad de la prestación del servicio sin que se observe que existan dificultades financieras dado que el servicio se autofinancia con las tasas de los usuarios debiendo tenerse en cuenta que los 6,5 millones de euros que deja de percibir el Ayuntamiento no puede verse de manera aislada dado que al extinguirse la concesión deja de existir una obligación de retribuir al concesionario, que actualmente se viene haciendo mediante la percepción de las tarifas que éste recibe de los usuarios del servicio. Esas tarifas, que realmente son una tasa, las percibirá íntegramente el titular del servicio y con ellas abonará los costes de gestión del mismo.



5° No concurren los criterios que exige la jurisprudencia para poder aplicar la apariencia de buen derecho. En este apartado señala que las cuestiones jurídicas que plantea la parte recurrente corresponden al fondo de la cuestión suscitada sin que puedan ser analizadas en la pieza de medidas cautelares, máxime si se tiene en cuenta que ninguna de ellas permite aplicar los criterios jurisprudenciales dado que no resulta que exista, de manera evidente y clara, una nulidad de pleno derecho ni tampoco que nos encontremos ante actos que tengan un soporte en otros que hayan sido declarados ilegales o sean idénticos a éstos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) parte de la base que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que, indica la exposición de motivos, la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que sea necesario.

Esta facultad del órgano judicial ha de ejercerse en los términos previstos en los artículos 129 y siguientes de la Ley jurisdiccional. Concretamente el artículo 130 establece:

“1.- Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima del recurso.

2.- La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”

La aplicación de este artículo exige que la decisión judicial sobre las medidas cautelares valore y pondere los intereses en juego concurrentes en cada caso concreto conciliando la garantía de la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24,1 de la Constitución, con la eficacia de la actuación administrativa conectada con la satisfacción del interés general y reconocida en el artículo 103 de la propia Constitución.

En la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no se recoge, de manera expresa, la apariencia de buen derecho como un criterio utilizable para decidir sobre las medidas cautelares que se soliciten aunque existe una jurisprudencia, a la que luego se hará referencia, que admite la aplicación de ese criterio en determinados supuestos.

SEGUNDO: La valoración y ponderación de los intereses en juego en los términos previstos en el artículo 130 de la LJCA debe hacerse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:



1ª Contenido de los acuerdos sobre los que se proyecta la medida cautelar solicitada.

El Pleno del Ayuntamiento de Valladolid, en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016, adoptó el acuerdo que, en extracto y en lo que ahora importa, tiene el siguiente contenido:

-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 (gestión integral del agua).

-Aprobar la constitución y los estatutos de la EPEL encargada de la gestión directa de los servicios indicados, que comenzará su actividad tras la correspondiente publicación oficial del acuerdo y de sus estatutos y ello sin perjuicio de la efectiva asunción de los servicios cuando finalicen las concesiones de los mismos. La publicación indicada se realizó en el "Boletín Oficial" de la Provincia del día 17 de enero de 2017.

-Adscribir a la EPEL creada los bienes que se indican, que quedarán afectos al servicio público con la consideración de demaniales.

-Ordenar que se dé la tramitación que proceda para la aprobación del Reglamento del Servicio, Tasas y Presupuesto de la EPEL para el año 2017.

-Clasificar la EPEL creada en el Grupo I atendiendo al contenido de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y al acuerdo del Pleno de 22 de enero de 2016 realizando los trámites precisos para su inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público atendiendo a lo dispuesto en los artículo 82 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

El acuerdo indicado fue impugnado en reposición por la entidad ahora recurrente habiéndose desestimado dicho recurso por acuerdo del Pleno adoptado en la sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017.

2ª Posición de las partes en relación con el contenido del acuerdo recurrido en reposición.

Aguas de Valladolid, S.A es la entidad contratista que gestiona, mediante un contrato administrativo de concesión de servicios, el servicio que constituye el llamado ciclo integral del agua (servicio de abastecimiento de aguas, servicio de saneamiento y servicio de depuración de aguas residuales). El primer contrato, que comprende la gestión del servicio de agua potable y de saneamiento, se suscribió el día 27 de junio de 1997 completándose dicho contrato con otro posterior, que se formalizó el día 1 de junio de 2005, que comprende la gestión de la depuración de aguas. La concesión del servicio se extingue el día 30 de junio de 2017 al ser esa la fecha en la que se cumple el plazo de duración de los dos contratos formalizados en su momento sin que esté prevista la prórroga de los



mismos. Hay que resaltar, dado que ello es importante para realizar la ponderación de los intereses en conflicto, que los acuerdos impugnados no resuelven los contratos que la entidad recurrente tiene con el Ayuntamiento de Valladolid ni tampoco producen ninguna incidencia en la ejecución de dichos contratos mientras los mismos no se extingan. El acuerdo del Pleno adoptado en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 expresamente señala que la gestión directa del servicio y la constitución de la EPEL se aprueba "sin perjuicio de la efectiva asunción de los servicios cuando finalicen las concesiones".

El Ayuntamiento de Valladolid es titular de los servicios públicos que componen el llamado ciclo integral del agua resultando que todos ellos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 26,1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, son de prestación obligatoria. La titularidad municipal de los servicios a la que se ha hecho referencia comprende la potestad de decidir sobre la forma en la que han de gestionarse los mismos según lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y demás legislación complementaria y concordante.

TERCERO: La entidad recurrente solicita, como medida cautelar, que, de manera urgente, se emita un recordatorio o requerimiento al Ayuntamiento de Valladolid para que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia 78/1996, de 20 de mayo), se abstenga de llevar a cabo actos de ejecución de los acuerdos impugnados hasta que se haya resuelto la pieza separada de medidas cautelares.

Sobre la solicitud indicada este Órgano Judicial no ha adoptado ninguna decisión siendo este el momento de explicar porqué ha sido así. La razón de esa falta de decisión se encuentra en que lo solicitado no es una medida cautelar que deba ser resuelta expresamente por este Órgano Judicial entendiendo, y así consta que se ha hecho, que es suficiente con comunicar al Ayuntamiento, de manera inmediata, la solicitud de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos impugnados y las razones en las que se fundamenta la misma. Será el Ayuntamiento el que, una vez que conoce la solicitud de la medida cautelar, tenga que valorar las actuaciones que puede realizar en ejecución de los actos impugnados a fin de evitar que quede vacío el derecho a la tutela judicial efectiva relacionado con la llamada "justicia cautelar" y, en definitiva, que la actuación realizada desde el momento indicado hasta que se conoce la resolución adoptada sobre la medida cautelar pueda ser contraria a derecho por el motivo indicado.

CUARTO: La parte recurrente, como también se ha dicho, solicita como medida cautelar la suspensión de los actos recurridos y, en concreto, la paralización (a) del establecimiento de la gestión directa de los Servicios; (b) del inicio de las actividades de la EPEL y de la realización por ésta de cualquier actuación al amparo de los acuerdos impugnado; y (c) de la subrogación de los trabajadores de Aguas de Valladolid, S.A por parte del Ayuntamiento de Valladolid y de la EPEL. Esta solicitud la hace atendiendo a lo que persigue por medio del recurso interpuesto, que no es otra cosa,



y así se indica expresamente, que se declare la invalidez de los acuerdos impugnados y, en concreto, de las decisiones del Ayuntamiento de Valladolid concretadas en la gestión directa del servicio público a través de una EPEL y de sus efectos (como la subrogación de 145 trabajadores) para, de esta manera, conseguir la continuidad en la gestión indirecta del servicio hasta tanto se produzca el relevo por otro gestor del mismo, que deberá ser indirecto a través del correspondiente contrato administrativo.

La valoración de los intereses en conflicto como requisito necesario para decidir sobre la medida cautelar solicitada ha de hacerse atendiendo a lo que se va a indicar a continuación.

1º Hay que empezar señalando que no se considera que la ejecución de los actos impugnados, concretamente el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016, haga perder la finalidad legítima del recurso por lo que no se cumple el presupuesto necesario que exige el artículo 130,1 de la LJCA para poder adoptar una decisión favorable sobre la medida cautelar solicitada. Ello es así atendiendo a lo que se va a decir a continuación.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que la ejecución de los actos recurridos no tiene ninguna incidencia sobre la posición que la entidad demandante tiene como concesionaria del servicio. Los contratos de concesión del servicio actualmente vigentes se extinguen el día 30 de junio de 2017 por el transcurso del plazo de duración de los mismos procediendo, a partir del momento indicado, a la reversión de la concesión y a la liquidación de los contratos en los términos previstos en los pliegos de condiciones y en la legislación contractual que, por razones temporales, resulte aplicable. Las actuaciones relacionadas con la extinción de los contratos, como se ha dicho, en nada se ven afectadas por la ejecución de los acuerdos impugnados al igual que tampoco se ve afectada la ejecución de los contratos durante el periodo que resta hasta que se produzca su extinción debiendo tenerse en cuenta, en este último aspecto, que la gestión directa del servicio mediante una EPEL se aprueba y comienza su actividad "sin perjuicio de la efectiva asunción de los servicios cuando finalicen las concesiones". A lo anterior hay que añadir que la entidad recurrente, en cuanto concesionaria del servicio, no tiene ningún derecho pleno a continuar gestionando el mismo hasta tanto se asume la gestión por otro sujeto diferente dado que los contratos actualmente vigentes se extinguen por cumplimiento, al haber transcurrido el plazo de duración, y no por resolución.

En segundo lugar hay que señalar que la ejecución de los actos recurridos tampoco crea ninguna situación irreversible para la entidad recurrente como empresa dedicada a la gestión indirecta de los servicios municipales relacionados con el abastecimiento de agua a domicilio, saneamiento y depuración de aguas residuales. En este momento, es decir en el que corresponde a la decisión sobre la medida cautelar solicitada, no se considera que la normativa que resulta aplicable determine que el servicio público relacionado con la gestión integral del agua del municipio de Valladolid no pueda



ser gestionado de manera directa por lo que no existe ningún derecho de la entidad recurrente a que el servicio mencionado se gestione de manera indirecta al igual que tampoco tiene esa entidad, en la hipótesis de que el servicio se tuviera que gestionar indirectamente, ningún derecho a ser adjudicataria del contrato correspondiente. La posición en la que queda Aguas de Valladolid, S.A en el mercado, según se pone de manifiesto en el escrito de solicitud de la medida cautelar, no resulta de la ejecución de los acuerdos recurridos sino de la extinción por cumplimiento del plazo de los contratos de concesión actualmente vigentes. La extinción de los referidos contratos es lo que produce la falta de correspondencia entre el objeto social de la entidad recurrente y la actividad que pueda realizar en el futuro correspondiendo a ella, es decir a la entidad recurrente, adoptar las decisiones que corresponda para adaptar su objeto social a la nueva realidad sin que, se insiste en ello, los acuerdos recurridos impidan o dificulten la adopción de esas decisiones. Los efectos que produce la extinción de los contratos de concesión son los que posibilitan la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que la subrogación por el titular del servicio en los contratos laborales (145) que tiene la entidad recurrente no es una decisión que resulte directamente de los acuerdos recurridos sino que la misma se produce por aplicación del artículo citado correspondiendo a la jurisdicción social, siempre que se cuestione ante la misma, la decisión sobre el alcance de la subrogación que debe producirse. Hay que tener en cuenta que el acuerdo adoptado en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 no tiene ningún pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la subrogación de trabajadores ni tampoco sobre el alcance de la misma. Los estatutos de la EPEL se limitan a señalar, y así se recoge en el artículo 20 de los mismos, el personal de la Entidad citada sin hacer ninguna referencia al precedente de la subrogación que pueda producirse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. El informe jurídico fechado el día 22 de junio de 2016 y suscrito por la Directora del Área de Hacienda, Función Pública y Promoción Económica y por la Letrada analiza la situación de los trabajadores cuando se produce la asunción directa del servicio concluyendo, en lo que ahora importa, que procedería la subrogación en los supuestos analizados y con el alcance señalado en cada uno de ellos aunque no se acuerda esa subrogación. Lo mismo ocurre con la Memoria Justificativa en la que se expone la situación del personal a subrogar aunque no se acuerda esa subrogación. En definitiva, la ejecución de los acuerdos impugnados no producen un efecto directo sobre la subrogación del personal en cuanto que no se adopta ninguna decisión sobre esa subrogación resultando que la misma es consecuencia de la extinción de los contratos de concesión.

Por último hay que señalar que los estándares de máxima calidad que la entidad recurrente ha conseguido en la gestión del servicio no puede ser un criterio del que se pueda deducir que el recurso interpuesto pierda su finalidad legítima de no adoptarse la medida cautelar solicita, que, en definitiva, posibilita la continuidad en esa gestión y el mantenimiento de esos estándares de calidad máxima. En este apartado hay que volver a insistir en que lo alegado por la



entidad recurrente no es un efecto producido directamente por los acuerdos impugnados sino que el mismo deriva de la extinción de los contratos de concesión. En cualquier caso hay que señalar que no existe ningún dato del que se pueda deducir, con alguna certeza, que la gestión directa del servicio no pueda llevarse a cabo con unos estándares de calidad que, al menos, alcancen los actualmente existentes. El acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en la sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2016 aprueba la Memoria sobre la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestionar el servicio de la que no se puede deducir que los índices de calidad a conseguir sean inferiores a los actuales. En esa Memoria se destaca, atendiendo a los estudios realizados, la necesidad de realizar unas inversiones a efectos de mantener operativas las instalaciones al haberse producido un déficit de inversión en los últimos años. Esas inversiones, que se cuantifican en 232.000.000 euros, se proyectan en un plazo de 15 años considerando el informe del Interventor General que es un plazo "prudente". La entidad recurrente no ha aportado datos suficientes de los que se pueda deducir la incidencia que tiene en el mantenimiento de la calidad actual de la prestación del servicio la realización o no de esas inversiones y la forma de financiar las mismas. A lo anterior hay que añadir, y también se recoge en la Memoria citada, la necesidad de modificar el régimen jurídico actual de retribución al concesionario atendiendo a la naturaleza de las tarifas a cobrar al usuario, que dejan de ser un "precio" o "tarifa" para pasar a ser una tasa a recaudar necesariamente por el ente local. La EPEL, según se recoge en la Memoria aprobada, soluciona el problema citado sin que la parte recurrente haya aportado formulas de solución del mismo en el supuesto de que continuara gestionando el servicio ni tampoco ha acreditado que ese problema no tiene incidencia en el mantenimiento de la calidad del servicio.

2º A lo dicho en el apartado anterior hay que añadir que no se observa que exista un interés público preponderante que aconseje mantener la situación existente en la actualidad permitiendo, en consecuencia, adoptar la medida cautelar de suspensión a efectos de conseguir, transitoriamente, ese mantenimiento. Ello es así atendiendo a lo que se va a decir a continuación.

No cabe ninguna duda que la entidad recurrente tiene un interés legítimo en que se mantenga la situación actual, es decir en que siga gestionando el servicio en los mismos términos en los que lo ha venido haciendo hasta ahora, aunque ese interés no tiene porqué ser coincidente con el interés público que debe perseguir el Ayuntamiento demandado con su actuación. No existen datos suficientes para poder apreciar esa coincidencia de intereses entendiéndose que los datos existentes permiten apreciar la existencia de una no coincidencia entre el interés público y el interés que mantiene la parte recurrente. Ello es así por las siguientes razones.

En primer lugar hay que señalar que las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento hasta la fecha, así como las que se lleven a cabo hasta el día 30 de junio de 2017, permiten entender, de manera razonable, que se va a producir una continuidad en la prestación del



servicio sin que el cambio de gestión acordada tenga porqué afectar negativamente a esa prestación y ello dejando a salvo los desajustes iniciales, que no tiene porqué considerarse insuperables. Según se deduce de la Memoria aprobada, en el mes de agosto del año 2015 se ha nombrado a un funcionario del Ayuntamiento como "interventor técnico de los contratos", que será el encargado de determinar el estado de la concesión, fiscalizar las actuaciones del concesionario y concretar las condiciones de entrega de las instalaciones. Los acuerdos adoptados por el Pleno en la sesión del día 30 de diciembre de 2016 están precedidos de una documentación suficientemente detallada para poder hacer operativa la gestión directa del servicio a partir del día 1 de julio de 2017. No se observa que el Ayuntamiento haya estado pasivo ni tampoco que haya omitido actuaciones que impidan la asunción del servicio en la fecha indicada.

A lo anterior hay que añadir que la asunción directa del servicio aborda la solución a aplicar al problema detectado respecto a las inversiones a realizar en las instalaciones y a la forma de gestionar las tasas que deben abonar los usuarios del servicio. La continuidad de la entidad recurrente en la prestación del servicio no asegura la aplicación de una solución a estos problemas.

En tercer lugar hay que indicar que la continuidad de la entidad recurrente en la prestación del servicio no es la forma que mejor garantiza el cumplimiento de los principios de libertad de concurrencia, igualdad y publicidad que rigen la contratación pública. La continuidad indicada produce, de facto, una prórroga del contrato que no está prevista expresamente posibilitando la continuidad en la gestión del servicio al margen de lo que resulte de la aplicación de los principios indicados.

Por último hay que señalar que el interés público a conseguir tiene, sin duda, una relación con los usuarios del servicio aunque no se puede identificar exclusivamente con él. Además del interés del usuario del servicio está el interés de la Corporación Local de poder elegir el modo de gestión de los servicios de los que es titular. Ese interés se plasma en una decisión administrativa aunque la misma no puede quedar desvinculada de una opción política que corresponde ejercer a quién tiene mayoría en el Ayuntamiento dado que ello es propio del carácter democrático de las Corporaciones Locales, más concretamente de los Ayuntamientos. Desde luego, la opción propugnada por la entidad recurrente pondría en riesgo el interés público al que se acaba de hacer referencia sin que suponga, como se ha dicho, una mejora en el interés del ciudadano. Es verdad que el mantenimiento de la situación actual posibilita llevar a cabo la gestión directa del servicio si se decide, al dictar la sentencia que resuelva el recurso interpuesto, que lo actuado se ajusta a la norma y también permite, en el caso de que la sentencia que se dicte sea favorable a la tesis que sostiene la parte recurrente, iniciar un procedimiento de licitación para conseguir un contratista que gestione indirectamente el servicio. Sin embargo, ninguna de las dos posibilidades indicadas garantiza el interés público indicado, es decir el de la Corporación gobernada por quien, tras la celebración de unas elecciones, ha obtenido la mayoría suficiente para adoptar



las decisiones administrativas correspondientes sobre la gestión del servicio público y hacer efectivas las opciones con las que han concurrido a las elecciones locales. Este interés, necesariamente, tiene que ser tenido en cuenta porque es, como se ha dicho, consustancial al régimen democrático aplicable a los Ayuntamientos insistiendo en que la aplicación de la posición de la parte recurrente impide la garantía del mismo atendiendo al tiempo transcurrido y al que pueda transcurrir hasta que se dicte la sentencia que ponga fin, de manera definitiva, al procedimiento judicial seguido como consecuencia de la interposición del presente recurso puesto en relación con la duración del mandato de las Corporaciones Locales elegidas tras la celebración de las últimas elecciones. El interés público al que se ha hecho referencia no se ve mermado por el hecho de que el Ayuntamiento deje de percibir 6,5 millones de euros anuales. El informe del Interventor General señala que esa minoración de ingresos no afecta a la regla de gasto a lo que hay que añadir que del contenido de la Memoria aprobada no puede deducirse que esa minoración de ingresos suponga una pérdida de "rentabilidad" en la prestación del servicio en cuanto que en dicha Memoria se señala que la gestión directa produce una mayor rentabilidad que la indirecta.

3º Por último hay que señalar que la apariencia de buen derecho, en los términos alegados por la parte recurrente, no es suficiente para adoptar la medida cautelar solicitada. Ello es así con apoyo en las siguientes razones.

En el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 24 de marzo de 2017 (Rec. Casa. 1605/2016) se analiza, de manera extensa, la aplicación de la "apariencia de buen derecho" como fundamento para adoptar una medida cautelar de suspensión haciendo referencia a la jurisprudencia dictada al efecto, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a los límites a los que debe sujetarse la aplicación de dicha doctrina, que, según señala el propio Tribunal Supremo, aconsejan prudencia y restricción en esa aplicación. En la sentencia del mismo Tribunal, es decir del Tribunal Supremo, fechada el día 14 de marzo de 2017 (Rec. Casa. 3212/2015) se señala lo siguiente (fundamento de derecho tercero):

"Esta Sala viene declarando reiteradamente, por todas, Sentencia STS 11 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 5666/2011), respecto de la apariencia de buen derecho -- doctrina "fumus boni iuris"--, que al socaire de la misma esta Sala no puede anticipadamente pronunciarse sobre las cuestiones de fondo suscitadas en el proceso. El examen de la legalidad en la interpretación y aplicación de tales normas no puede ser realizado en la pieza de medidas cautelares, atendidos los límites del enjuiciamiento cautelar en el que, como es natural, se tiene un conocimiento limitado sobre el fondo del recurso. Por ello nuestra jurisprudencia dictada al interpretar la vigente LJCA, respecto del "fumus boni iuris" ha limitando su aplicación--además de la tradicional prudencia que ha de presidir su uso--a supuestos muy concretos, como los actos nulos de pleno derecho, actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, cuando una sentencia anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y, en fin, los casos de existencia de un



criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración se resiste a aplicar”.

Lo alegado por la parte recurrente para sostener la “apariencia de buen derecho” de la tesis que sostiene y, en definitiva, para fundamentar la ilegalidad de los acuerdos recurridos puede ser trascendente para decidir sobre la pretensión que se ejerza mediante el recurso interpuesto aunque no es suficiente para adoptar una medida cautelar como la solicitada en aplicación de los criterios que mantiene la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia y sobre todo si se tiene en cuenta que de la ponderación de los intereses en conflicto no se deduce que exista un riesgo de que el recurso interpuesto pueda perder la finalidad legítima que persigue. La tesis que sostiene la parte recurrente no permite entender, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión, que nos encontremos ante actos administrativos que, de manera clara y evidente, puedan ser considerados nulos de pleno derecho. Los Informes/Dictámenes aportados por la parte demandante son importantes aunque no es difícil encontrar posiciones doctrinales que sostienen tesis en sentido contrario debiendo tenerse en cuenta, además, que no existe una línea jurisprudencia clara que permita su aplicación sin matizaciones a lo que hay que añadir que del expediente administrativo remitido y de la documentación aportada por la parte recurrente no se deduce que la decisión adoptada por el Ayuntamiento haya ido precedida de informes, jurídicos y técnicos, de contenido negativo. Hay que llamar la atención, por la posición que mantiene dentro de la Corporación y por la función de control que tiene encomendada en aspectos tan importantes como el económico-financiero y presupuestario, sobre el contenido del informe emitido por el Señor Interventor General en el que no se contiene ningún reparo a la propuesta aprobada.

La conclusión a la que se ha llegado en el análisis de las tres cuestiones valoradas conduce a denegar la medida cautelar solicitada y así se acuerda por medio de este Auto.

QUINTO: No se dan las circunstancias previstas en el artículo 139 de la L.J.C.A que justifiquen la imposición de costas al solicitante de las medidas cautelares.

PARTE DISPOSITIVA.

Teniendo en cuenta los razonamientos jurídicos anteriores **SE ACUERDA DENEGAR LA MEDIDA CAUTELAR** solicitada por la parte recurrente y, por lo tanto, **no** se suspende la ejecución de los actos impugnados. Sin condena en costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente al de su notificación, ante este Órgano Judicial. (art. 80.1 c) de la LJCA).



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 0005001274/5109/000093001117 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.

Lo acuerda y firma el/la Ilmo/a. Sr/a. D. /Doña. JESUS MOZO AMO MAGISTRADO-JUEZ del JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 4 de VALLADOLID. Doy fe.

