Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua

Eulalio Ávila Cano (dir. y coord.)
Valentín Merino Estrada
Pilar Ortega Jiménez

aeopas

Manual de **remunicipalización** de los servicios públicos de **agua**

Eulalio Ávila Cano (dir. y coord.)
Valentín Merino Estrada
Pilar Ortega Jiménez

aeopas

creative commons

Licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

Usted es libre de:
* copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:
* Reconocimiento — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
* No comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
* Sin obras derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
* Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.
* Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.
* Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.

Los derechos derivados de usos legítimos u otras limitaciones reconocidas por ley no se ven afectados por lo anterior.

Edición: Cristina Castrillo y Jesús Navas
Diseño de cubierta: Jesús Navas
Maquetación de cubierta, diseño y maquetación de interiores: KATARATTA
Fotografía de cubierta: © 2019 iStockphoto LP

© Eulalio Ávila Cano, Valentín Merino Estrada y Pilar Ortega Jiménez, 2019
© Aeopas (Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento y Saneamiento), 2019
Calle Dr. González Caraballo 1
Edif. Porta Sevilla. Módulo 138
41020 Sevilla
tf. 955 40 85 06
https://www.aeopas.org

1ª edición: octubre de 2019
ISBN: 978-84-09-14977-3
Depósito legal: Se-1798-2019
Printed in Spain

Los autores

Eulalio Ávila Cano
Dirección y coordinación de la obra y capítulo 3

Secretario e Interventor-Tesorero de Administración Local de Categoría Superior. Ha sido Coordinador del Distrito de Arganzuela en el Ayuntamiento de Madrid, Director de la Oficina Tributaria del Ayuntamiento de Fuenlabrada, Secretario General de los Ayuntamientos de Pinto y de Majadahonda, entre otros, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL), Presidente y Secretario General de la Unión de Directivos Territoriales de Europa (UDITE). Es Titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno Local de Fuenlabrada. Es autor de numerosos artículos y publicaciones relacionados con el mundo local.

Valentín Merino Estrada
Capítulo 1

Secretario de Administración Local de Categoría Superior. Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración. Fue Director General de Administración Territorial de la Junta de Castilla y León. Desde 1987 trabaja en el Ayuntamiento de Valladolid, donde ha sido Oficial Mayor, Director del Área de Organización y Recursos Humanos, Vicesecretario y actualmente Secretario General. Es autor de numerosos libros y artículos sobre municipalismo y régimen local.

Pilar Ortega Jiménez
Capítulo 2

Interventora-Tesorera de Administración Local de categoría Superior. Es Interventora Adjunta de la Diputación Provincial de León y Presidenta del Colegio Territorial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL) de León. Experta en control y fiscalización de las Entidades Locales. Es autora de numerosos artículos y publicaciones sobre aspectos económicos de las Entidades Locales.

ÍNDICE

Acrónimos y siglas 15
Presentación 19
Introducción 21

Capítulo 1.
Los procesos de remunicipalización
Valentín Merino Estrada

1.1. Naturaleza de los procesos de remunicipalización 27
1.2. La potestad de autoorganización y la libre elección de las formas de gestión 35
1.2.1. La noción o concepto de forma de gestión 35
1.2.2. El carácter abierto de la tipología de las formas de gestión ... 37
1.2.3. La elección de la forma de gestión como decisión organizativa 40
1.2.4. Eficiencia y sostenibilidad como criterios legales 42
1.2.5. El derecho de las Corporaciones Locales a decidir la forma de gestión en el marco de la ley 44
1.3. El procedimiento a seguir para la elección de las formas de gestión ... 46
1.4. La toma de la decisión: el momento adecuado 54
1.5. Especial referencia a la remunicipalización del ciclo integral del agua 57
1.5.1. Caracterización del servicio del agua. 57

1.5.2. La estrategia a seguir: metodología y procesos 61
1.5.2.1. Proactividad 61
1.5.2.2. Legalidad 61
1.5.2.3 Inclusividad 62
1.5.2.4. Apertura 62
El retorno a la gestión pública del agua en la ciudad de Valladolid ... 64
1.5.3. La gestión directa por Entidad Pública Empresarial Local o por Sociedad de capital íntegramente público 76
1.5.3.1. Las formas de gestión directas o propias 76
1.5.3.2. Gestión Directa con Órgano Especializado 79
1.5.3.3. La Entidad Pública Empresarial Local 81
1.5.3.4. Sociedad Mercantil Local cuyo capital sea de titularidad pública 101

Capítulo 2.
Los costes del servicio, en especial de suministro de agua. El control de las concesiones
Pilar Ortega Jiménez

2.1. Introducción 109
2.2. Prestación del servicio de suministro domiciliario de agua potable: objetivos, planificación y control 114
2.2.1. Determinación de los objetivos asociados a la prestación del servicio 115
2.2.2. Definición de medios humanos y materiales. El análisis de los costes de la prestación del servicio 117
2.2.2.1. Elementos necesarios para la prestación del servicio: costes de explotación 117
2.2.2.2. Amortización y costes de renovación de los activos 130
2.2.2.3. Imposición asociada a la prestación del servicio ... 132
2.2.3. El necesario control de los entes dependientes de acuerdo con lo previsto en la LRJSP 144
2.3. Actuaciones a realizar por los órganos de control interno de los entes locales 149
2.3.1. Función interventora 149
2.3.1.1. En relación con las reinternalizaciones de servicios. Casos de prestación directa de los servicios de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 LBRL 149
2.3.1.2. En las concesiones de servicios 167

2.3.2. Control financiero de las concesiones 182
2.3.2.1. Consideraciones generales 182
2.3.2.2. Control necesario de entes dependientes 184
2.3.2.3. Control de la gestión indirecta de un servicio, dentro del Plan de control financiero, de acuerdo con la valoración de riesgos de la entidad 189

Capítulo 3.
La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua
Eulalio Ávila Cano

3.1. Los derechos de los trabajadores en los procesos de remunicipalización 193

3.2. Los distintos tipos de sucesión de empresas 202
3.2.1. La sucesión legal. La subrogación *ope legis* en las relaciones laborales. La doctrina de la sucesión de plantillas 203
3.2.2. La sucesión convencional 213
3.2.3. La sucesión contractual. Las previsiones contenidas en los pliegos de contratación pública 220

3.3. La integración de los trabajadores. El mérito y capacidad y los derechos de los trabajadores protegidos por la Directiva 2001/23. ¿Personal indefinido no fijo, a extinguir o subrogado? 225
3.3.1. ¿Ha de subrogarse la entidad local en todo el personal o hay excepciones? 226
3.3.1.1. ¿Qué pasa con el personal que presta servicios para la empresa en otros centros de trabajo además de aquel que es objeto de la contrata? 226
3.3.1.2. ¿Ha de procederse a la subrogación del personal directivo que preste servicios íntegramente en el centro de trabajo o actividad objeto de transmisión? 227
3.3.1.3. Los contratos temporales y de obra o servicio 229
3.3.1.4. El personal incorporado a la contratista en los meses inmediatamente anteriores a la remunicipalización 231
3.3.1.5. ¿Puede negarse el personal afectado a ser transferido? 232

3.3.2. ¿Son aplicables al personal subrogado las restricciones presupuestarias derivadas de los límites al incremento de la masa salarial global y de la tasa de reposición de efectivos? 233
3.3.3. Trabajador/a indefinido/a no fijo/a *versus* personal subrogado 237
3.3.4. La D.A. 26ª de la LPGE 2017 y la STC 122/2018, de 31 de octubre 242
3.3.5. El caso de la subrogación de los trabajadores por una sociedad mercantil pública local 251
3.3.6. La Relación de Puestos de Trabajo 255
3.4. Las relaciones laborales tras la subrogación de los trabajadores 257
3.4.1. Los derechos y obligaciones que se transmiten y el convenio aplicable al personal subrogado 258
3.4.2. Otras responsabilidades procedentes de la contratista que pueden afectar a la Administración una vez remunicipalizado el servicio 262
3.4.3. La responsabilidad solidaria del abono de cuotas a la Seguridad Social 264
3.4.4. Plazo de prescripción de las obligaciones laborales y de Seguridad Social 265
3.4.5. Los representantes de los trabajadores tras la subrogación 267
3.5. La remunicipalización de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales en España 269
3.5.1. La jurisprudencia sobre la subrogación de trabajadores 269
3.5.2. La subrogación por aplicación del Convenio Colectivo 275

Bibliografía 283

Otros enlaces de interés 291

Anexos 293

Anexo I. Proceso de remunicipalización de Valladolid. Memoria de CCOO 295

Anexo II. Proceso de remunicipalización de Terrassa. Memoria de CCOO 305

Anexo III. Memoria justificativa jurídica, social y económico-financiera para la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestión del ciclo integral del agua en Valladolid 313

Anexo IV. Plantilla para la fiscalización previa de creaciones de medios propios con encargo simultáneo, y posibles modificaciones posteriores del encargo. Fase AD: Aprobación del gasto y adjudicación: creación y encargo, o modificación del encargo 325

Anexo V. Plantilla para la fiscalización previa de contratos de concesión de servicios basada en el ACM. Fase A: Aprobación de gasto. Contratos de concesión de servicios 331

Anexo VI. Plantilla para la fiscalización previa de contratos de concesión de servicios basada en el ACM. Fase O: Reconocimiento de obligaciones. Concesiones de servicios 337

Acrónimos y siglas

ACM	Resolución de 2 de junio de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, modificada por Resolución de 4 de julio de 2011 y Resolución de 25 de julio de 2018 (respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios)
AGBAR	Sociedad General de Aguas de Barcelona
AGE	Administración General del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CE	Constitución Española
COSITAL	Consejo General de los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local
CPP	Colaboración público-privada
DA	Disposición Adicional
DAF	Dirección y Administración Funcional
DF	Disposición Final
DGP	Dirección General de Presupuestos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
EDAR	Estación Depuradora de Aguas Residuales
EPEL	Entidad Pública Empresarial Local
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETAP	Estación de tratamiento de agua potable
FI	Función Interventora
FJ	Fuente Jurisprudencial
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
IJCCA	Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa
ITP	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JCCAE	Junta Consultiva de Contratación de la Administración General del Estado

JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
LAC	Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas
LAULA	Ley 5/2010, de 11 de junio, de Administración Local de Andalucía
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LITPAJD	Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPAP	Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado [2016, 2017, 2018]
LRHL	Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
MHAP	Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas
NASP	Norma de auditoría del sector público
NIA	Norma Internacional de Auditoría
OCEX	Órganos de Control Externo
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible

OOAA	Organismos Autónomos
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PGC	Plan General de Contabilidad
PIL	Personificación Instrumental Local
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PPNT	Prestación de carácter público de naturaleza no tributaria
RDCISPL	Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local
RECA	Resolución de 28 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regulan los criterios para la elaboración de la información sobre los costes de actividades e indicadores de gestión a incluir en la memoria de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad Pública
RLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
ROF	Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales
RPT	Relación de puestos de trabajo
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SM	Servicio Municipal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TARC	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UDITE	Unión de Directivos Territoriales de Europa

Presentación

El Manual que se desarrolla a continuación está destinado a servir de apoyo a los ayuntamientos que toman la decisión de remunicipalizar los servicios de abastecimiento y saneamiento que, en su momento, fueron privatizados. Se trata, pues, de un documento eminentemente técnico y jurídico, que toca los aspectos clave de una remunicipalización y aporta el acervo, conocimiento y experiencia de un grupo de expertos de primer nivel, que han estado directamente involucrados en varios casos de remunicipalización en España: el equipo que estuvo integrado por Eulalio Ávila Caro —dirección y coordinación—, Valentín Merino Estrada y Pilar Ortega Jiménez. Queremos agradecer a estas personas el gran trabajo realizado, con el convencimiento de que la obra que han producido resuelva un déficit largamente detectado por los ayuntamientos y entidades interesadas en la gestión pública del agua.

Esto cobra especial importancia por la urgente necesidad, que se detecta en el Manual, de disponer de una regulación adecuada, racional y urgente de los procesos de reinternalización de los servicios públicos, y en especial los de remunicipalización, para evitar la inseguridad jurídica en la que se están desenvolviendo.

Es evidente que, por muchos intentos que se lleven a cabo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para poner orden en este desconcierto, es tarea harto difícil, cuando no imposible, hacerlo. Se están desperdiciando, debido a esta irracionalidad de nuestro ordenamiento

jurídico al respecto, recursos públicos muy importantes cuyo coste en términos económicos y sociales no hemos cifrado, pero que desde luego exigen una respuesta seria, rigurosa e, insistimos, urgente por parte del legislador.

También queremos agradecer al sindicato Comisiones Obreras, que apoyó desde el principio el proyecto de AEOPAS de redactar el Manual, por la ingente documentación que ha aportado, alguna de la cual se incluye como anexos.

Finalmente, es de justicia significar la participación de la Red Agua Pública en la elaboración de los primeros borradores de los términos de referencia que sirvieron para definir el alcance y contenido de este Manual.

Asociación Española de Operadores Públicos
de Abastecimiento y Saneamiento (AEOPAS)
Sevilla, octubre de 2019

Introducción

Los sistemas de abastecimiento de agua y alcantarillado urbano tal como se conocen en la actualidad, tuvieron su origen a mediados del siglo XIX, cuando las ciudades de Europa y Norteamérica experimentaron un intenso proceso de urbanización, con la consiguiente necesidad de extender la cobertura de estos servicios, que se abordó tanto por gobiernos municipales como por empresas privadas. Ciudades como Boston, Nueva York, Londres, París y Sevilla, contaron con sistemas de abastecimiento privados que estuvieron especialmente destinados a suministrar agua a los barrios de rentas altas, donde se podía afrontar el coste de su disponibilidad, mientras que los barrios pobres se abastecían de vendedores informales, fuentes públicas, pozos o tomas directas de los ríos. Esta situación se reprodujo en las metrópolis coloniales desde Delhi a Yakarta y de Lagos a Buenos Aires (Bakker, K., 2010). Por su parte, el alcantarillado fue asumido por las administraciones públicas, sin duda porque requería infraestructuras que suponían importantes inversiones, de las que no se esperaba la recuperación de costes.

La incapacidad del sector privado de ampliar las coberturas a los barrios de rentas bajas, independientemente de su capacidad de pago, con los consiguientes impactos negativos en la salud pública y la higiene, fue el detonante para que los gobiernos municipales asumieran la gestión pública de estos servicios, de forma que, a mediados del siglo XX, la mayoría de los sistemas de suministro de agua estaban gestionados por los

poderes públicos, que tenían como objetivo principal la universalización de los mismos (GOUBERT, J. P., 1989).

En este proceso de municipalización se implementó el denominado *modelo hidráulico municipal,* basado en la convicción de que se disponía de suficientes recursos hídricos, bien en el entorno de las ciudades o en zonas alejadas, que siempre podrían ser accesibles gracias a las infraestructuras hidráulicas que fueran necesarias. Este modelo, basado, pues, en la preponderancia de la técnica, en el protagonismo relevante de la ingeniería y en la convicción de la disponibilidad de agua para garantizar la universalidad del abastecimiento, supuso, en la generalidad de las grandes ciudades del siglo XIX, la construcción de sistemas mallados de tuberías que suministraban el agua desde depósitos conectados a obras de captación más o menos importantes —con frecuencia bombeos o grandes presas—, a través de largas conducciones. Estos sistemas de abastecimiento, muy tecnificados para la época y que requerían fuertes inversiones iniciales, configuraron en las ciudades lo que se conoce como monopolios naturales, en los que no son aplicables las reglas del mercado, gestionados, en la gran mayoría de los casos, por las administraciones públicas, que asumieron la financiación de los mismos en aras a conseguir el acceso universal del agua en las ciudades.

En definitiva, el *modelo hidráulico municipal* se caracteriza por la preeminencia de las administraciones públicas, en tanto que titulares de los servicios y financiadores de las infraestructuras, y el estamento técnico, fundamentalmente ingenieril, que era el que decidía las soluciones para la ampliación y mantenimiento de las infraestructuras. Se trata de un modelo altamente jerarquizado y centralizado en el que los usuarios son beneficiarios pasivos de los servicios asociados al abastecimiento y saneamiento.

Durante gran parte del siglo XX, los servicios de abastecimiento de agua de la mayoría de las áreas urbanas de los países industrializados fueron públicos. El agua se consideraba como un bien público y su acceso como una condición previa para la participación política y social y un emblema de ciudadanía. El abastecimiento y saneamiento eran servicios que se gestionaban sin expectativas de beneficio y se realizaban con criterios en los que primaba la equidad social, es decir, sin tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios.

Sin embargo, hacia finales del siglo XX, el sistema municipal se cuestionó en términos fundamentalmente ideológicos, basados en los planteamientos neoliberales que cobraron especial protagonismo a partir de los años ochenta y que propugnaban políticas basadas en el denominado *Consenso de Washington* que, de hecho, dieron credibilidad a la presencia del sector privado en detrimento del público, que hasta

entonces era mayoritario. Estas políticas reivindicaban la privatización de los servicios de abastecimiento y saneamiento a través de diversas modalidades de participación privada, desde las concesiones hasta los contratos de prestación de servicios y los *partenariados público privados*. También propugnaban la mercantilización de la gestión de los servicios mediante la incorporación de normas y criterios de mercado en la gestión de los servicios, en los que la equidad económica —beneficio y voluntad de pago—, sustituyeron a la equidad social —capacidad de pago— en las políticas tarifarias.

En este contexto, el acceso al abastecimiento no se legitima ya por la condición de ciudadanos y usuarios de un servicio, sino como clientes que *compran el agua como si fuera una mercancía*. Conceptualmente, tuvo su sostén en los denominados *Principios de Dublín* de 1992 establecidos en los prolegómenos de la cumbre de Río, que reivindicaban que el *agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico* (Naciones Unidas; 1992). Este planteamiento fue muy controvertido desde el momento de su formulación ya que tuvo críticas generalizadas tanto técnicamente, al poner de relieve la imposibilidad de valorar los recursos naturales, como desde consideraciones éticas, al reprobar el tratamiento de la naturaleza como una mercancía y rechazar la comercialización de la naturaleza y el medio ambiente (Bakker, K., 2010).

Así, se establecieron dos concepciones completamente diferentes en relación con el abastecimiento y saneamiento; por una parte la que reivindica que el agua es un bien público que debe ser gestionado como un servicio con criterios no lucrativos y, por otra, la que defiende que el agua es un bien económico cuya gestión debe realizarse con criterios mercantiles.

Las políticas de privatización fueron impulsadas de forma decidida por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a través de la imposición de condicionalidades relativas a la privatización y la recuperación de costes en los créditos que concedían a los países en desarrollo. De hecho, este tipo de condicionalidades fue utilizado de forma generalizada durante la década de los años 90 del siglo xx (World Bank; 2005. Norwegian Ministry of Foreign Affairs; 2006) de forma que a principios del presente siglo, la gran mayoría de los créditos llevaban incorporadas estas políticas. Los ejecutores de la privatización fueron empresas multinacionales hegemonizadas por las francesas Suez y Veolia, las mayores del mercado en ese entonces.

Sin embargo, el proceso de privatización no estuvo exento de problemas y conflictos motivados por las sucesivas revisiones de las cláu-

sulas contractuales que, con generalidad, se planteaban por diversos motivos, ajenos incluso al propio servicio y que se concretaban en incrementos de tarifas no previstos en los contratos (Ducci, J., 2007). Sin duda, los conflictos se exacerbaron por la emergencia de un movimiento ciudadano opuesto a la privatización que alcanzó una dimensión continental reivindicando la defensa del derecho al agua.

En 2000 se produjo la guerra del agua de Cochabamba (Bolivia), que supuso el inicio de la quiebra de la tendencia en la privatización del agua. La ciudadanía de Cochabamba, mediante una movilización general, consiguió recuperar la gestión de los servicios de abastecimiento y saneamiento que habían sido privatizados en 1999 en favor del consorcio internacional Aguas del Tunari, liderado por la multinacional americana Bechtel y en el que participaba la empresa española Abengoa. Como resultado de esta remunicipalización, la ciudadanía exigió la implementación de un nuevo modelo de gestión que garantizara la participación y el control democrático de los servicios; es decir, se pasó de reivindicar la gestión pública a exigir un nuevo modelo público que superara al tradicional hidráulico municipal, introduciendo la participación de la ciudadanía en la gestión como eje definitorio clave.

A partir de 2000 se ha desarrollado un proceso relevante de remunicipalización de servicios públicos previamente privatizados, especialmente en Europa, aunque se está extendiendo con fuerza a otras regiones del planeta. Entre 2000 y 2017 se han identificado nada menos que 267 ciudades en las que se han remunicipalizado los servicios de agua, de los que 27 tuvieron lugar en el estado español siendo de destacar, por la importancia de su población, los casos de Valladolid (306.803 habitantes) y Terrassa (215.517 habitantes) (Kishimoto, S. y Petitjean, O., 2017).

Las razones por las que las autoridades locales han optado por la remunicipalización se sustentan, fundamentalmente, en la mala gestión, el incumplimiento de las condiciones contractuales, la falta de inversión en infraestructuras, la mala calidad del agua, las disputas sobre los costes de explotación y los aumentos de tarifas basados en consideraciones puramente mercantiles y no en criterios de asequibilidad, las condiciones laborales, la falta de transparencia en la gestión y los problemas en el acceso a la información y documentación de los servicios privatizados, que limitan drásticamente cualquier intento de recuperar la capacidad y control operativo de los mismos. En última instancia, existe el convencimiento de que la gestión pública es más beneficiosa para la ciudadanía que la privada, toda vez que es más económica (Bel, G., 2012).

En paralelo a las remunicipalizaciones, y como consecuencia de un largo proceso reivindicativo de los movimientos sociales, durante la primera década del siglo xxi se consiguió que el derecho humano al agua

fuera reconocido formal y explícitamente por Naciones Unidas, reforzando su concepción como un *recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud* (Naciones Unidas; 2002). Según Naciones Unidas, el acceso al agua es un derecho a la prestación de un servicio que debe ajustarse a criterios fundamentales —que incluyen la realización progresiva, la igualdad sustantiva y la no discriminación—, normativos —que incorporan la disponibilidad de una dotación de agua suficiente con la calidad adecuada, la aceptabilidad, la accesibilidad del servicio de forma continua y la asequibilidad económica sin que se comprometan las condiciones de vida de los usuarios—, y comunes o transversales con todos los derechos económicos, sociales y culturales, como son la participación activa, libre y significativa, el acceso a la información, la transparencia, la rendición de cuentas y la sostenibilidad. Los criterios normativos establecen los niveles de calidad del servicio, mientras que los transversales se refieren a los aspectos fundamentales sobre cómo debe gestionarse. De esta forma, el contenido del derecho humano al agua se convierte en un referente conceptual del modelo participativo y democrático que se esbozó en Cochabamba y que ha ido concretándose posteriormente formando parte de los ejes reivindicativos de las remunicipalizaciones.

De esta forma, la remunicipalización de los servicios de agua se ha fundamentado, en primer lugar, en la decisión política de las administraciones públicas de ámbito local de recuperar la gestión pública de los servicios, lo que conlleva una problemática técnico-jurídica que hay que encarar con la máxima rigurosidad para que la remunicipalización llegue a buen puerto. Pero también es fundamental tener claro que la remunicipalización se materializará efectivamente en tanto en cuanto se cuente con el apoyo e implicación de la ciudadanía. Queda clara la relación entre los dos sectores sociales interesados en el proceso: los municipios, en tanto que titulares de los servicios, y la ciudadanía, como titular del derecho al agua.

El Manual que se desarrolla a continuación está dedicado a caracterizar la parte más técnica y jurídica de la remunicipalización. Las consideraciones sobre las características del modelo de gestión quedan para otra obra que se abordará en el futuro.

Capítulo 1

Los procesos de remunicipalización

Valentín Merino Estrada

1.1. Naturaleza de los procesos de remunicipalización

El término «**remunicipalización**» hace referencia a la **recuperación de la gestión de servicios públicos esenciales por parte de las administraciones públicas.** En los últimos años, por razones políticas o de valores, así como por otras de carácter técnico-económicas se están impulsando en todo el mundo estos procesos. Por una parte, determinados sectores políticos y doctrinales alegan que los servicios públicos esenciales —como los del ciclo del agua, por ejemplo—, son demasiado importantes para la ciudadanía como para que sean gestionados por empresas privadas, ya que esto pone en peligro valores como el acceso universal en condiciones de igualdad. Por otra, se sostiene que la gestión privada no ha demostrado ser más eficiente que la pública y que, cuando ésta funciona bien, resulta más económica y de mejor calidad.

La llamada «remunicipalización» está de moda, pero lo cierto es que tiene un significado y un alcance muy diferente en distintas regiones y países del mundo. En algunos países en desarrollo, realmente se trata de situar no solo la gestión, sino la titularidad de los servicios en manos públicas, para gestionar el acceso universal con un mínimo nivel de calidad. En los países desarrollados, al menos en Europa, los servicios esenciales son públicos y lo que se debate es la forma más adecuada de su gestión. Por ello, la cuestión debe situarse en el ámbito de la eficiencia y de los controles.

En España, la expresión «remunicipalización» no es correcta ni desde el punto de vista lingüístico ni jurídico. Lo que se recupera es la mera gestión de servicios ya municipalizados, es decir titularizados bajo *publicatio*, por una entidad local. Durante años estuvo de moda la gestión indirecta, supuestamente más eficaz y eficiente. Por ello, muchos servicios básicos locales, como los del ciclo del agua, el de residuos o el transporte, se gestionaban mediante concesión o empresa mixta. En esos años también se llevaron a efecto procesos liberalizadores, pasando los servicios públicos a manos privadas. Pero no en el ámbito local, en el que las liberalizaciones fueron muy pocas y más nominales que efectivas. Los servicios públicos esenciales en el ámbito local son obligatorios y se han mantenido, en general, bajo *publicatio*, tutelados por Entidades Locales.

Son servicios públicos locales los servicios de interés general, titularizados por una Entidad Local. No es posible identificar servicios de interés general y servicios públicos *estrictu sensu*. Lo que distingue precisamente a estos últimos es la titularidad local, previa *publicatio*.

El concepto de servicios de interés general tiene origen en el derecho comunitario[1]. No está desarrollado en España a nivel de legislación básica[2], pero sí lo encontramos en el derecho autonómico. Así, el Artículo 26 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Administración Local de Andalucía —LAULA— define a los Servicios de Interés General:

> Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y **garantizan** las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor

[1] Véase *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, de 24-VIII-2004.

[2] El Anteproyecto de Ley del gobierno Local del año 2006, que no llegó a tramitarse como Proyecto de Ley, sí recogía este concepto, en términos muy precisos:

> Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, y aquella otra actividad prestacional que dichas entidades realizan o regulan, a favor de los ciudadanos, bajo la habilitación legal de la cláusula de Estado social establecida en los artículos 1.1. y 9.2 de la Constitución española. Los servicios locales de interés general garantizan a los ciudadanos la igualdad de acceso y de trato, la continuidad en la prestación y la protección de los derechos de los usuarios. Las entidades locales pueden configurar sus servicios locales de interés general como servicio público y como servicio reglamentado. Los servicios locales se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local es la que realiza directa o indirectamente la actividad objeto de la prestación. Los servicios locales se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por los particulares o por organismos públicos distintos al que tiene atribuida la competencia, sometidos a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas en virtud de un criterio de interés general.

> de la ciudadanía, orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

La característica común a los **servicios de interés general** es que están **garantizados** por una Entidad, en nuestro caso local. Por lo demás, admiten las dos vertientes: reglamentados o regulados y servicios públicos *estrictu sensu*.

En **los servicios reglamentados**, también llamados «impropios», la actividad prestacional se realiza por particulares, normalmente empresas o instituciones privadas, para satisfacer necesidades colectivas relevantes. Son pues actividades de interés general. Por ello, la Administración asume una función de regulación, fiscalización y control, para proteger el interés general. **No son servicios «impropios», sino servicios objetivamente públicos, en los que la Administración interviene con un instrumento esencial: la regulación o reglamentación, de carácter directivo; y otro de carácter ejecutivo, como licencias, autorizaciones, etc.** (véase RIVERO ORTEGA, R., 2008).

> Son Servicios Públicos Locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

Ésta es la noción o concepto que nos ofrece el Artículo 85.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Se trata de una definición genérica e imprecisa. Como único elemento diferenciador —aunque parcial—, contiene la referencia a la «prestación», es decir a una actividad prestacional. Pero se necesita mucha imaginación para aproximarse desde ahí a un concepto técnicamente depurado.

Precisamente, la imprecisión y cierta confusión dominan, como decíamos antes, la idea del Servicio Público, ya que, tanto en el lenguaje administrativo como a nivel normativo, el término se usa para referirse a distintas cuestiones. Existen tres acepciones de servicio público:

1ª. La que identifica el Servicio Público con la **actividad administrativa**: «Es Servicio Público cuantas actividades realizan las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias».

Un concepto amplio, de orden únicamente subjetivo, que puede, como decíamos, destacar el carácter «servicial» (al servicio de…) que tiene la Administración Pública, pero que es enormemente confuso y técnicamente inútil.

2ª. El Servicio como **actividad prestacional que sirve a necesidades colectivas**, con independencia de que la actividad la realice la Administración o los particulares.

Es un concepto amplio, de orden puramente objetivo, ya que solo tiene en cuenta la naturaleza de la actividad y el fin que persigue. Este concepto incluye a todos los servicios de interés general, tanto los reglamentados como los de servicio público *strictu sensu*.

3ª. El Servicio Público como **actividad prestacional que satisface necesidades colectivas, realizada por una Administración** que, en todo caso, se reserva la titularidad.

Es éste un concepto más restringido, que combina tanto el orden objetivo como el subjetivo. A él responde la noción del **Servicio Público Local** en nuestro ordenamiento.

El Servicio Público Local tiene, pues, tres notas caracterizadoras esenciales:

- Consiste en una actividad prestacional. No cualquier actividad.
- Satisface necesidades colectivas relevantes.
- Está asegurado por una Entidad Local, que asume la titularidad.

Esta última nota es determinante. Por ello, el servicio Público Local exige una **decisión solemne y pública** *(publicatio),* por la cual la Entidad Local asume la **titularidad** y garantiza en todo caso, a través de intensos poderes de ordenación y control, los dos elementos claves: **la regularidad y la continuidad del Servicio.** Esta decisión corresponde siempre al **Pleno** de la Entidad Local.

Definimos, pues, el Servicio Público Local como:

> Actividad prestacional tendente a la satisfacción de necesidades colectivas que, en el ámbito de sus competencias, asegura una Entidad Local, asumiendo su titularidad.

Dos son los elementos clave, según destaca la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: la actividad prestacional y la titularidad, entendida no necesariamente como poder excluyente, sino como *publicatio,* esto es la **declaración formal de la actividad como servicio público local,** asumiendo como propia la actividad prestacional:

> 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 las Entidades Locales declaren como tales, siempre que cumplan los requisitos del Artículo 85 de la LRBRL.
>
> S.T.S. de 23 de mayo de 1997

La titularidad nace de la *publicatio* y conlleva un conjunto de poderes irrenunciables sobre el servicio público local de que se trate. La titularidad corresponde siempre a la Entidad Local, con independencia de la forma de gestión, sea ésta directa o indirecta.

Una Entidad Local asume la titularidad cuando, mediante acuerdo formal, se compromete ante la ciudadanía a garantizar la prestación del servicio de forma regular y continua. Esta declaración —*publicatio*— precede a la elección de la forma de gestión, aunque pueden articularse ambas decisiones en un procedimiento conjunto y adoptarse en la misma sesión.

Una vez más, la legislación de régimen local resulta poco clara, pues los artículos 22.2 y 123.1 de la LBRL refieren como competencia atribuida al Ayuntamiento Pleno la «aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos» y la «determinación de las formas de gestión». No se hace mención expresa de la conformación o acuerdo de implantación del servicio, que también es competencia del Pleno. El Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local de 2006 sí que lo detalló de forma acertada y completa:

> La creación de servicios públicos, la determinación de sus formas de gestión y la aprobación de la Ordenanza reguladora del servicio. El acuerdo de creación de organismos autónomos, de Entidades Públicas Empresariales y de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal y la aprobación de los expedientes de municipalización.

Que la titularidad del servicio público local es algo común a todas las formas de gestión, tanto directas como indirectas, se pone de manifiesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando, en su Artículo 116, refiriéndose a las modalidades indirectas o contractuales, dice:

> Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativo a la prestación del servicio.

Planteamiento que se repite en el nuevo Artículo 284.2 de la Ley de Contratos del Sector Público que próximamente entrará en vigor.

La titularidad de un servicio público local conlleva poderes de **implantación, ordenación** y **dirección del servicio.** Estos poderes corresponden a la Entidad Local «con independencia de la forma de gestión», es decir, se manifiesta en todo caso si bien no tienen el mismo alcance, especialmente en cuanto al poder de dirección.

> Todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacionista del Estado u otro ente público, dirigida a proporcionar una utilidad a los particulares, solo puede tener como titular activo a dichos entes públicos, y esa titularidad es claro que incluye entre sus facultades la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar, el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que, como de la propia titularidad del servicio, no puede desprenderse la Administración, sin que el mismo pierda su carácter, lo cual no impide que la gestión pueda desarrollarse de forma directa, indirecta o mixta, que en todo caso la Administración conserva dicha titularidad de gestión y, en consecuencia, la facultad de disponer, regular o modificar la prestación del servicio, como reconoce el Artículo 30 RSCL, de tal manera que, aunque se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidas, a la prestación del servicio, subsiste en la Administración un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión….
>
> S.T.S. de 20 de junio de 1986

El **poder de implantar** el servicio corresponde a la Entidad titular en todo caso y supone constituir el servicio, suprimirlo y, en su caso, modificar la forma gestora. No tiene más límite que el de compensar si procede al gestor independiente. El **poder de ordenar** el servicio tiene, a nuestra forma de entender, dos vertientes, una técnica y otra jurídica. El diseño del servicio implica determinar los productos o servicios que se pondrán a disposición, su cantidad y calidad, así como la determinación esencial de los procesos clave. Es un poder relevante de contenido técnico y económico. **La reglamentación del servicio es el componente jurídico de la ordenación.** Ambos poderes corresponden sustancialmente a la Entidad titular en exclusiva.

Por el contrario, lo que denominamos **poder de dirección,** aparece en todas las formas de gestión, pero reviste un alcance distinto. Es un poder integral cuando la gestión se desempeña directamente por la Entidad titular —gestión ordinaria y titularidad coinciden—, mientras que en los demás casos reviste la forma de intervención o control sobre la

dirección ordinaria que corresponde al ente gestor. El gestor dispone de la capacidad para tomar iniciativas y dirigir los procesos del servicio que tiene a su cargo. La Entidad Local titular controla o supervisa, mediante los siguientes instrumentos:

- Puede señalar directrices generales de gestión para alcanzar determinadas metas u objetivos.
- Tiene un poder de tutela, en cuanto a que determinadas decisiones del gestor deben ser aprobadas por la Entidad Local.
- Dispone de poderes de vigilancia sobre el conjunto de la actividad gestora, para determinar si se ajusta o no a la ordenación establecida.
- Tiene un poder sancionador, para corregir las posibles extrapolaciones o desviaciones de la gestión detectadas en la función de vigilancia e inspección.

Los poderes de dirección y supervisión de la Entidad Local titular se dirigen en buena medida a garantizar la regularidad y continuidad del servicio, dos conceptos clave en la noción del servicio público desde sus orígenes. Regularidad y continuidad son esenciales e inherentes a la idea misma de servicio público, por lo que el gestor está obligado a mantener los procesos y no puede interrumpir ni suspender el servicio por circunstancias sobrevenidas, impredecibles, ajenas a su gestión, sin perjuicio de su derecho a la restauración del «equilibrio económico» con la compensación que proceda. Tanto los poderes de intervención y sancionadores de la Administración titular como el concepto del equilibrio económico surgieron precisamente en aras a garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos, que nuestra jurisprudencia ha definido como «actuación técnica dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública y cuya titularidad está atribuida a una entidad pública» (S.T.S. de 2 de marzo de 1979).

Los servicios públicos locales se deben prestar con la continuidad prevista en su reglamento regulador. La entidad gestora, caso de la concesión, no puede interrumpir la prestación ni siquiera en supuestos de incumplimiento por parte de la Entidad Local.

A garantizar estos principios se dirige no solo la acción inspectora de la Entidad titular, sino también medidas como la reversión de los bienes afectados al servicio al término de la concesión, para garantizar la continuidad del servicio sin interrupción por el cambio de gestor, o el establecimiento por parte del Alcalde de servicios mínimos, en caso de huelga, que garanticen el funcionamiento básico del servicio.

Si la titularidad nunca dejó de ser pública, lo que se cambia en estos procesos es el **modo o forma de gestión: de indirecta a directa**. No se puede remunicipalizar lo que ya está municipalizado. Algunos autores han propuesto utilizar una terminología más correcta, como pudiera ser la de «reinternalización», como contraposición a la «externalización» que estuvo de moda en otros tiempos (por todos, véase Tornos Más, J., 2017). Pero el término «remunicipalización» está teniendo fortuna y se impone. Pensamos que no pasa nada. Lo verdaderamente importante estriba en definir bien el proceso:

Remunicipalización es un proceso mediante el cual el ente titular de un servicio público local recupera para sí la gestión, pasando de una fórmula indirecta a una directa.

En la práctica, suelen ser dos procesos encadenados y revisten dos modalidades, en función de que partamos o no de una concesión en vigor:

- **Si existe una modalidad concesional en vigor:**
  - — En primer lugar, es preciso anticipar el fin de la concesión a través normalmente del **rescate**. Debido al alcance de las indemnizaciones, el proceso es difícil. En él están estancados diversos procesos de remunicipalización.
  - — Posteriormente, aunque los expedientes pueden, relativamente, encadenarse, es preciso llevar a efecto el proceso de **elección de la forma de gestión.**

- **Cuando la concesión se extinguió o se extinguirá de inmediato:**
  - — En este supuesto aparentemente solo se tiene que realizar el proceso de elección de la forma de gestión. Pero no es así, ya que antes, en el tramo finalísimo de la concesión, se tiene que realizar otro, apartemente simple, pero muy relevante para el futuro: **la inspección final de la concesión y la reversión de** los **activos a la entidad titular del servicio.**
  - — Este procedimiento está detallado en el Artículo 121 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales:

    1. El pliego de condiciones detallará **la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse las obras y el material afectos a la concesión en el momento de la reversión.**
    2. Con anterioridad a esto, **en el plazo que señale el pliego de condiciones** y, en todo caso, como mínimo, en el de un mes por cada año de duración de la concesión, la gestión del servicio se regulará del modo siguiente:

– **La Corporación designará un Interventor técnico** de la empresa concesionaria, **el cual vigilará la conservación de las obras y del material e informará a la Corporación sobre las reparaciones y reposiciones necesarias para mantenerlos en las condiciones previstas.**
– En caso de desobediencia sistemática del concesionario a las disposiciones de la Corporación sobre conservación de las obras e instalaciones, o de mala fe en la ejecución de las mismas, **la Corporación podrá disponer** el **secuestro** de la empresa y, si fuera preciso, éste continuará hasta el término de la concesión.

Garantizar las condiciones de la reversión es importantísimo. Por ello, este **proceso de inspección** en el tramo final de la concesión debe realizarse con sumo cuidado y precisión. Condicionará en buena medida las demás pretensiones sobre el cambio de la forma de gestión.

En todo caso, por un camino u otro, la «remunicipalización» siempre implica el cambio de una forma de gestión. Ahí está la clave.

1.2. La potestad de autoorganización y la libre elección de las formas de gestión

1.2.1. La noción o concepto de forma de gestión

Los términos «**modos**» **y** «**formas**» **de gestión** hacen referencia, pues, a una gama de posibilidades o modalidades de organización y régimen jurídico de los servicios públicos. El término «modos de gestión» comenzó a utilizarse por la doctrina tras la Primera Guerra Mundial, para hacer referencia precisamente al conjunto de modalidades diversas de organización y funcionamiento de los servicios públicos que en esta época fueron surgiendo. Pero la palabra «forma» fue la que pronto tuvo más fortuna en el conjunto de la doctrina y de la normativa, para expresar idéntico concepto. Ésta es la que tradicionalmente y en la actualidad se utiliza en la normativa de régimen local en España.

Entiéndase bien que no podemos considerar como forma de gestión cualquier fórmula jurídica encaminada a dar cauce legal a la actividad de una Entidad Local en el ámbito de su competencia, pues el concepto viene delimitado por el término «prestación».

Las «formas de gestión» se relacionan con la noción o concepto de «prestación», tal como lo entendía Fernando Albi, siguiendo a los juristas italianos, es decir que «su objeto estará constituido por aquellos fines directos e inmediatos que, con exclusión de cualquier situación general a impersonal, produzcan contacto entre el gestor y los miembros de la comunidad, considerados individualmente —*uti singuli*— mediante el suministro de aquél a éstos de beneficios materiales, de ventajas tangibles, encaminadas a cubrir necesidades o a determinar comodidades de los mencionados individuos» (véase Albi Cholbi, F., 1960, p. 27).

Se trata de «actividades prestacionales»: prestación de abastecimientos y servicios que realiza el poder público para la satisfacción de necesidades colectivas.

Las formas de gestión se corresponden, pues, con la acepción de servicio público local, que une elementos objetivos de la actividad —naturaleza prestacional— con elementos subjetivos: la propia entidad local realiza la actividad. No se trata solo de servicios de interés general, sino de servicios públicos *strictu sensu*.

Para ALBI, las formas de gestión se definen como «la serie sistemática de fórmulas legales, de carácter orgánico, funcional y financiero, a las cuales ha de ajustarse la actividad de la Administración Pública para realizar sus fines peculiares, mediante la localización de posiciones de competencia en estructuras adecuadas, sometidas a un régimen jurídico especial» (Albi Cholbi, F., 1960, p. 51).

La idea de que las formas de gestión constituyen una **serie sistemática de fórmulas legales** expresa la pluralidad y, al tiempo, la armonía existente entre un conjunto de moldes o cauces, previamente elaborados, que el ordenamiento ofrece para el desarrollo de la acción. Cada modo es distinto, cada forma tiene sus peculiaridades, pero entre todas existe armonía, un nexo común, por lo que constituyen una **serie tipológica**. Destaca en la definición la importancia de la «forma» en el derecho de la Administración Pública, que para desarrollar la función central en la sociedad global que le es propia, tiene que seguir cauces formales, preestablecidos como garantía del interés general. Pero también la idea misma de actividad, para el logro de sus fines, así como la noción de competencia. Las formas de gestión tienen una dimensión esencialmente orgánica, pero, en general, ni son órganos administrativos, ni su análisis puede entenderse desde la teoría del órgano. Solo existirá coincidencia en alguna de las formas cuando la titularidad y la gestión ordinaria recaen sobre un órgano de la Entidad sin diferenciación, precisamente el supuesto de menor interés dogmático. En las formas de gestión, porciones de competencia se localizan

adecuadamente en estructuras sometidas a un **régimen jurídico especial**, distinto del órgano constituido. Ese «régimen jurídico especial» no tiene más significación que la de una ordenación jurídica peculiar, en aras de la eficacia de la actividad, la más adecuada garantía del interés general.

La definición de ALBI sobre los modos o formas de gestión sigue siendo posiblemente la más completa y acertada que nos ofrece la doctrina. Únicamente presenta una carencia, en cuanto no especifica ni esclarece la naturaleza de la «actividad de la Administración Pública» a la que se refiere. Porque, como decíamos, las formas de gestión se correlacionan únicamente con un conjunto de actividades de la Administración Pública, las de naturaleza prestacional. ALBI sí apuntó esta cuestión, pero no desarrolló a fondo el tema, quizás porque en su época éste no era un problema jurídico de relevancia. Actualmente, la expansión de los servicios públicos trae consigo una notable confusión, hasta el punto de que se confunde la actividad de servicio o prestacional con el conjunto de las tareas de la Administración Pública. Un asunto sobre el que volveremos más adelante, para analizarlo en profundidad.

Las formas de gestión conforman una variada gama de fórmulas orgánico-funcionales, para que una Entidad Local pueda dirigir y gestionar sus servicios. Cada una presenta características más o menos diferenciadas, y en ello reside en buena parte su valor, porque podremos elegir la que mejor se ajuste a cada necesidad.

1.2.2. El carácter abierto de la tipología de las formas de gestión

El Artículo 85.2 de la LBRL ofrece un listado de las formas de gestión, en los siguientes términos:

> 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.
>
> 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…[3]

¿Se trata de una lista cerrada, que limita la libertad de elección? Dicho en otros términos, ¿es posible utilizar alguna otra forma no prevista en la citada lista?

Contestaríamos afirmativamente a esta última cuestión, entendiendo que se trata de una lista abierta, no necesariamente de «numerus clausus». A pesar de la expresión «adoptará alguna de las siguientes formas»**, creemos que no se puede limitar de forma tajante y reduccionista la libertad de elección,** pudiéndose utilizar otras formas previstas en las leyes o, al menos, contemplar las distintas modalidades con flexibilidad, en el marco de la legislación aplicable.

Nos apoyamos en tres razones fundamentales:

- **La primera** es de orden práctico y se fundamenta en la simple observación de la realidad. Los municipios están utilizando formas de gestión que no aparecen en el listado, que no se amparan tampoco en una ley de su Comunidad Autónoma, pero que sí existen en el ordenamiento jurídico. Algunas de estas formas son, por ejemplo:

  > **El arrendamiento**, «desaparecido» cuando las formas de gestión indirecta se eliminaron de la legislación local y ésta se remite a la de contratos del sector público. Como el arrendamiento no estaba incluido entre las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, se la consideró «desaparecida». Sin embargo, en los municipios pequeños se seguía y se sigue utilizando para la gestión de servicios como piscinas, instalaciones deportivas, centros culturales, sociales y de ocio, entre otros.
  >
  > **La Fundación** es utilizada ampliamente para la gestión de servicios locales de carácter cultural (museos, teatros, centros cívico-culturales…) y otros. Tiene cobertura legal en la legislación de fundaciones, pero evidentemente no están en la lista del Artículo 85.2 de la LBRL.

  El régimen local no puede dar la espalda a estas realidades. Por el contrario, tiene que encontrar adecuación práctica para que

[3] Formas que «desaparecen». Mejor dicho, se «reconvierten» o reajustan en su régimen jurídico en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Lo que pone de manifiesto el error de referirse a preceptos tan concretos, en un contexto cambiante.

funcionen acordes con el ordenamiento jurídico o se disuelvan. Pero no se pueden ignorar.

- **La segunda razón** se fundamenta en la defensa de la potestad de autoorganización de las Entidades Locales y en la propia naturaleza de las formas de gestión, antes expuesta.

> Fuera de estas precisiones, la libertad de la Corporación es total para optar entre cualquiera de las formas previstas en el artículo 85 de la LBLR. ¿Y otras? ¿Es posible utilizar alguna fórmula no prevista en el elenco del precepto citado? Mi contestación es afirmativa…, porque así lo impone la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales, la más significada seña de identidad de su autonomía. Porque las formas de gestión son una expresión de la potestad de organización de sus servicios que las entidades locales ostentan.
>
> Sosa Wagner, F., 2008

Las formas de gestión son fórmulas legales que el ordenamiento ofrece a las entidades Locales para que organicen su actividad prestacional. Constituyen diversas posibilidades organizativas, que forman una serie, en el sentido de que **han de estar previstas en el ordenamiento, no pueden ser inventadas. Pero de ahí a cerrarse tan solo a las enumeradas en un artículo, sin flexibilidad alguna, no parece razonable.** Potestad de autoorganización significa disponer de un margen razonable para organizar libremente los servicios teniendo como límite el ordenamiento, pero no el corto listado de un artículo, sin más posibilidades. **Por ello, debemos entender la lista tipológica del Artículo 85 de la Ley como abierta y flexible.**

- **La tercera razón**, relacionada con la primera, parte de considerar que el ordenamiento jurídico local no se agota en la legislación básica estatal, ni mucho menos. **Las Comunidades Autónomas tienen competencia en la materia y regulan algunas formas de gestión** y/o determinados aspectos de las mismas, y los condicionantes para la elección. Destacan particularmente Cataluña, Aragón y Andalucía.

  La **Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía**, contiene en su Título II, Sección 2ª, una **tipología de «modos de gestión» de los servicios públicos locales** diferente a la de la LBRL.

La Ley andaluza se muestra innovadora en la denominación y configuración de las formas de gestión directas, por la propia entidad, mientras que se remite a la legislación básica de contratos en lo que se refiere a las formas de gestión indirectas. Es lógico. Innova en las formas organizativas y no en aquéllas cuyo régimen jurídico, de carácter contractual, son comunes al sector público en una normativa básica estatal. Pero lo cierto es que las formas de gestión directa también están en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Andalucía tiene asumida en su Estatuto competencia «exclusiva» de régimen local. En esta Comunidad Autónoma, las formas de gestión directa no se agotan en las previstas en el Artículo 85 de la LRBL, sino que tenemos, por ejemplo, a la Fundación, lo que ya había sido admitido por la doctrina.

- **La última reflexión** acerca del carácter abierto de la lista del Artículo 85.2 de la LBRL responde a lo más actual: **la aprobación y publicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.** Una de las novedades aparentemente más importantes es la eliminación del contrato de gestión de servicios, con sus cuatro modalidades, y su sustitución por la Concesión de Servicios como modalidad única. Con la entrada en vigor de la Ley, la concesión de servicios pasará a ser modalidad o forma única, reduciéndose las opciones al mínimo: gestión directa o concesión de servicios.

  No será así porque, debido a ese carácter abierto, las formas indirectas que conocemos pueden «pervivir», siempre que se dé la condición esencial de toda concesión: **la transferencia del riesgo operacional.**

1.2.3. La elección de la forma de gestión como decisión organizativa

Las formas de gestión son esencialmente —aunque no solo—, modalidades de organización, por lo que la elección de la forma de gestión de un servicio se sitúa en el ámbito de la toma de decisiones organizativas: cómo articular mejor las capacidades y recursos para lograr el fin. Y éste no puede ser otro que la satisfacción de las demandas y expectativas de los ciudadanos afectados o destinatarios.

La elección de la forma de gestión de un servicio público local y la articulación específica de la misma es una decisión organizativa de alcance medio, situada entre los contenidos esenciales del Estatuto o

Reglamento Orgánico propio y los simples Decretos de organización, que pueden aplicarse, entre otros muchos supuestos, al ámbito de la dirección de los servicios, atribuida al Alcalde.

El Reglamento Orgánico es la principal norma autónoma local de carácter organizativo. Es la norma que está llamada a completar los elementos esenciales o definitorios de la entidad y, muy especialmente, sus elementos organizativos. Está llamado a ocupar una posición relevante en el subsistema normativo local, como primera norma *ad intra*, que contendrá todas las determinaciones autónomas esenciales en el ámbito organizativo a nivel político y a nivel gerencial o ejecutivo. Por ello, su aprobación no solo está reservada al Ayuntamiento Pleno, sino que exige el quórum reforzado de la mayoría absoluta del número legal de miembros.

La elección de la forma de gestión de los servicios también debe efectuarse por el Ayuntamiento Pleno, pero por mayoría simple (excepcional resulta el supuesto de configuración en régimen de monopolio). Se trata de una decisión de alcance, que supera las determinaciones ordinarias de gestión, pero sin tener carácter definitorio ni esencial.

El conjunto de decisiones organizativas materializa el ejercicio de la potestad de autoorganización, siendo conveniente su articulación en torno a la figura clave del Reglamento Orgánico, del que, junto a su posición ordinamental, interesa mucho su contenido. Éste debe ser «la regulación del régimen organizativo de cada entidad local» (STS de 14-V-98), entre cuyas determinaciones están:

a) Establecer y regular la organización complementaria a nivel político, y
b) Establecer las tipologías y las bases de la organización ejecutivo-gerencial.

El Reglamento Orgánico propio debe contener algunas determinaciones básicas que articulen las distintas formas o modos de gestión, con carácter general para la Entidad, especialmente en relación a los organismos autónomos y sociedades mercantiles, desarrollando las «especialidades» a que se refieren los Artículos 85 bis y 85 ter de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Si el Reglamento Orgánico desarrolla estas precisiones y contiene las determinaciones esenciales de los estatutos para cada forma de gestión, se ganará homogeneidad y la decisión sobre la elección de la forma en cada servicio público únicamente deberá centrarse en lo específico. Además, se dispondrá de más y mejores bases para el análisis prospectivo.

La elección de la forma de gestión y la organización del concreto modo gestor es una decisión organizativa, que se encuadra en el ejercicio de la potestad de autoorganización, y por ello goza de un amplio margen de apreciación libre. Está limitada por requisitos formales y por la necesidad de motivación, en base a datos objetivos que acrediten el interés general.

1.2.4. Eficiencia y sostenibilidad como criterios legales

La Ley 27/2013 no introdujo cambios en el listado de las formas de gestión contenido en el artículo 85.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Pero sí estableció, no solo al modificar este precepto, sino en el conjunto del texto, criterios sustantivos y formales para orientar la elección del modo gestor entre los que nos ofrece el ordenamiento.

Los criterios, en esencia, son dos: sostenibilidad financiera y eficiencia. Su aplicación se plasma en una serie de exigencias:

- En el expediente deberá constar la **Memoria justificativa**, explicitando los asesoramientos recibidos, que se harán públicos.
- En la Memoria, que se elevará al **Pleno para su aprobación**, se incluirán los informes sobre el coste del servicio.
- Se recabará **Informe del Interventor local**, quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas para la elección, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Además, en cuanto a las formas de gestión directa, **se estableció una prioridad absoluta a favor de las de carácter administrativo: por la propia organización y Organismo Autónomo.**

> Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resulta más sostenible y eficiente que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberá tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Las cautelas con las formas empresariales son lógicas, aunque todo depende de la naturaleza del servicio en cuestión, sobre lo que nada se dice. Hemos de entender que si se trata de grandes servicios económicos, para los que el derecho administrativo puede no ser lo más conve-

niente, lo que se debe hacer es acudir a formas de gestión indirecta: Concesión o Empresa Mixta. A las formas empresariales directas se les exige condiciones muy duras, «aconsejando» las externalizadas. Puede ser ésta la lógica del precepto: favorecer la externalización.

Pero lo que **nos resulta incomprensible es la identificación que se hace de las dos formas primeras a) y b). También debería tenerse precaución con los Organismos Autónomos, que no dejan de ser personificaciones instrumentales**, no siempre justificadas. En muchas ocasiones, un organismo sin personalidad puede ser más eficaz y sobre todo menos descontrolado que un Organismo autónomo.

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia de 3 de marzo de 2016, Rec. 1792/2914, afirmó la constitucionalidad de la preferencia de gestión por la propia Entidad Local o sus Organismos Autónomos sobre la realizada mediante Entidades Públicas Empresariales o Sociedades Mercantiles Locales.

El Tribunal Constitucional afirmó que esta nueva regulación supone limitaciones a la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local, pero que deben reportarse correctas por su carácter básico, «teniendo en cuenta la **estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados guarda con las opciones de ordenación general de la economía**, que la Constitución atribuye al Estado en el Artículo 149.1.13ª». Con este argumento, ciertamente contundente, rechaza la pretensión de la Comunidad de Extremadura y de todas.

Respecto a la autonomía local, afirma que está salvaguardada, ya que la nueva regulación del Artículo 85.2 «condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto, ya que los Entes Locales conservan amplios espacios de opción organizativa».

La finalidad de esta nueva redacción del 85.2 —dice el T.C.—, es «**evitar la proliferación de personificaciones instrumentales** o, más precisamente, asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen». Este argumento confirma lo ya dicho por el Consejo de Estado, en el sentido de que «la autonomía no puede amparar decisiones en contra de la racionalidad económica». Pero incide en una cuestión importante: si de lo que se trata es de evitar la proliferación e insostenibilidad de las personificaciones instrumentales, **¿qué sentido tiene la identificación que se hace entre gestión por la propia administración y organismo autónomo?** Los organismos autónomos son PIL, personificaciones instrumentales locales, de derecho administrativo y no mercantil, pero con una tendencia al incrementalismo y a la expansión del gasto igual que las demás. El T.C. no se pudo plantear esta cuestión, ya que no se suscitaba, y no creemos que tenga relevancia constitucional. Pero sí es algo muy digno de ser tenido en cuenta en la práctica.

1.2.5. El derecho de las Corporaciones Locales a decidir la forma de gestión en el marco de la ley

Corresponde al Ayuntamiento Pleno decidir sobre la forma de gestión con una amplia libertad, ejerciendo la «plena potestad». Esto supone un amplio margen de libertad en la decisión, pero en absoluto la discrecionalidad, que no es admisible.

Más allá de las expresas limitaciones legales, que apenas tienen significación, la Administración «sirve con objetividad los intereses generales», es decir a los ciudadanos, y por ello debe aplicar en sus decisiones los principios del Artículo 103 de la Constitución. Así, la jurisprudencia, al tiempo que manifiesta que la elección responde a criterios «extrajurídicos» (STS de 1-VI-87), exige reiteradamente la aplicación de dichos principios y la demostración expresa de que se elige una forma que «conviene al interés general». Esa «demostración expresa» requiere análisis prospectivos, con datos objetivos que permitan adoptar la decisión más próxima al óptimo deseable en términos de máximo beneficio para el ciudadano.

Los análisis objetivos no lo pueden resolver todo. El decisor puede y debe tener en cuenta otros aspectos de difícil medición.

Tenemos claro que cuanto más «libre» —en términos de limitación jurídica expresa— es una decisión, más rigurosos deben ser los análisis que acrediten la elección de la alternativa «óptima» para el interés general. La motivación tiene que ser rigurosa. Por ello, las Memorias no deben ser meros documentos formales que «justifiquen» lo decidido apriorísticamente. Tienen que sustentarse en datos objetivos que avalen la elección.

Pero, así como defendemos el rigor en los análisis, también decimos que, en último término, los análisis objetivos no lo pueden resolver todo. Entran en juego los valores y el derecho de las Corporaciones democráticamente elegidas a aplicar sus programas.

Un Ayuntamiento tiene que disponer de un margen amplio de elección para decidir si gestiona de forma directa o indirecta los servicios públicos de los que es titular. So pretexto de determinados preceptos legales o de un conjunto de trabas procedimentales mal interpretadas no se puede obligar a que todo «siga como antes». En otros tiempos, se pusieron excesivas trabas a la externalización de algunos servicios. Actualmente, ante el inicial auge de las remunicipalizaciones, determinados poderes económicos y políticos se conjuran para tratar de impedir que las corporaciones que lo deseen puedan gestionar servicios esenciales de forma directa. Externalizar o remunicipalizar deben ser opciones sobre las que decidir en el marco de la ley, pero con un cierto margen para aplicar el programa político de quie-

nes han sido elegidos por la ciudadanía para gobernar la ciudad. Si la interpretación de las normas se convierte en un instrumento arrojadizo contra la posibilidad de decidir, no solo se cercena la autonomía local, sino que se cuestiona el carácter democrático de los gobiernos locales.

Así lo deja clarísimo el AUTO Nº 32/2017, de 18 de abril, del Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Valladolid, que denegó la suspensión del acuerdo de remunicipalización del ciclo del agua:

> El interés general implica el derecho de los usuarios a una buena administración o gestión del Servicio, pero también el interés de la Corporación a poder elegir el modo de gestión de los servicios de que es titular.
>
> La elección implica una decisión administrativa, pero también una política, vinculada al carácter democrático de los Ayuntamiento. La que corresponde a 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 de la Corporación necesariamente tiene que ser tenido en cuenta, porque es —como se ha dicho— consustancial al régimen democrático aplicable a los Ayuntamientos.

En conclusión: si se vulnera el derecho a decidir de la Corporación, en el marco de la ley, sea en un sentido u otro, se puede conculcar la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Y es importante destacar que la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero, reconoce de forma expresa y tajante el principio de libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales para «decidir la mejor forma de gestionar la prestación de servicios», debiendo —eso sí— garantizar a los ciudadanos: «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica».

Luego, en el marco de la ley, las Corporaciones Locales deben decidir la forma de gestión, en base a datos y análisis objetivos, con un margen de decisión política razonable, buscando siempre la calidad que mejore la vida de los ciudadanos.

En base a esta premisa fundamental deben analizarse las concretas disposiciones procedimentales y condicionantes en materia de personal y finanzas.

1.3. El procedimiento a seguir para la elección de las formas de gestión

La legislación básica de régimen local no establece un procedimiento único y claro para encauzar la decisión que implica la elección de una forma concreta de gestión.

Dos son, en principio, los elementos reglados en todo procedimiento: motivación y órgano competente.

Por lo tanto, en todo procedimiento de elección de la forma de gestión es imprescindible la Memoria, en la que se justifique la elección, en base a datos y análisis objetivos, así como la referencia a los criterios, incluidos los que se refieren a principios y valores. Por otra parte, el órgano competente es siempre, como decíamos, el Pleno Municipal.

Si se trata del ejercicio de una actividad económica o de un servicio que comporte el ejercicio de dicha actividad, tenemos que seguir el procedimiento tasado del Artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local, en conexión con el 86 de la Ley de Bases de Régimen Local. En los demás casos, hasta la reforma de 2013, era suficiente con la Memoria y el acuerdo del Ayuntamiento Pleno. El contenido de la Memoria era relativamente libre.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, al dar nueva redacción al Artículo 85 de la LBRL, introdujo requisitos de contenido a la memoria y exigencias procedimentales, siempre que elijamos una forma de gestión directa de derecho mercantil. El Artículo 86 también introdujo un nuevo requisito a los supuestos de iniciativa económica local o equivalentes: «El estudio de mercado relativo a la oferta y la demanda existentes, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial». Y, finalmente, el Artículo 285.2 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público añade, para toda concesión o empresa mixta, el requisito del «Estudio de viabilidad económico-financiera» y, en su caso, el Informe de la Agencia Nacional de Evaluación de las concesiones.

Así pues, cuando elijamos de inicio o por cambio en la forma de gestión, una directa de carácter mercantil (Entidad Pública Empresarial o Sociedad de capital íntegramente público), en la Memoria deberán constar necesariamente:

- La **justificación de que la forma elegida es más sostenible y eficiente** que la gestión directa por la propia Administración o el Organismo autónomo, teniendo en cuenta los criterios de sostenibilidad económica y la recuperación de la inversión.
- La **justificación de que la iniciativa no genera riesgo** para la sostenibilidad del conjunto de la Hacienda Municipal.

- La **documentación referida a los asesoramientos y al apoyo técnico recibidos**, que deberán ser objeto de publicidad.

En el expediente, junto a la Memoria, deberá constar el **Informe específico del Interventor**, valorando la sostenibilidad financiera de la propuesta, 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.

Cuando se tramite el expediente del Artículo 97 del TRRL, estos contenidos deberán formar parte de la Memoria y, como ésta se expone al público, ello llevará implícita la publicación exigida de los asesoramientos recibidos. En las concesiones, el «Estudio de viabilidad económico-financiera» también se incorpora a la Memoria, ya que la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que se tramite conjuntamente con el expediente de iniciativa económica.

El mayor problema en este asunto se sitúa precisamente en delimitar cuándo debemos seguir el estricto procedimiento del Artículo 86 de la LBRL y del Artículo 97 del TRRL. Especialmente en el caso de las remunicipalizaciones, pues uno de los obstáculos que se prevén es la intención de generalizar el uso obligado de este procedimiento, sin un fundamento legal sólido que lo avale. Cuestión esencial en los recursos interpuestos contra la remunicipalización del servicio del ciclo integral del Agua en Valladolid fue precisamente la impugnación como ilegal del caso, al no haberse seguido el procedimiento del Artículo 97 del TRRL. Las distintas sentencias recaídas no solo otorgan la razón al Ayuntamiento, sino que, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han dejado clarísimo que en el cambio de gestión del servicio público de agua no es necesario en absoluto seguir ese procedimiento, establecido para otros supuestos muy distintos. Lo han hecho con argumentos rotundos y convincentes, que seguiremos en nuestra exposición.

En primer lugar, es preciso distinguir entre «iniciativa pública económica» y «servicio público». Son conceptos que tienen connotaciones comunes, pero también diferencias esenciales.

Los que tienen en común:

> 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 contrapone 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.

Es decir, son actividades de producción de bienes o servicios. Actividades prestacionales, de naturaleza distinta a las regulatorias u otras.

Pero ahora vienen las diferencias:

> 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 en un mandato legal. Las restricciones mencionadas no tienen por qué implicar una exclusión total del acceso y ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.
>
> Sentencia nº 60/23018 JDO. CONTENCIOSO/ ADMTVO. Nº 4 Valladolid

En España, la intervención económica directa de los poderes públicos, y en concreto de los Gobiernos Locales, responde al modelo de libre concurrencia, descartándose los otros dos posibles. El régimen de monopolio público no es propio de una economía de mercado y solo resulta admisible para determinados servicios públicos, de forma excepcionalísima. En el régimen local solo es posible bajo dos condiciones inexcusables: la existencia de previa reserva legal y el desarrollo del procedimiento previsto en el artículo 86.2 de la LBRL, con aprobación final de tutela por la Comunidad Autónoma. En la legislación básica de régimen local se han reducido progresivamente los supuestos de reserva en favor de las Entidades Locales, de forma que actualmente solo existe en referencia a tres servicios públicos esenciales: ciclo del agua, ciclo integral de residuos y transporte público de viajeros. Solo y exclusivamente respecto a estos servicios se puede declarar el monopolio y, para ello, es —lógicamente— necesario seguir el procedimiento del Artículo 97 del TRRL, en conexión con el Artículo 86 de la LBRL, además reforzado por la exigencia del *quorum* de mayoría absoluta del número legal de miembros del Ayuntamiento Pleno para la validez del acuerdo (Artículo 47.2.k) de la LBRL) y por la aprobación tutelar de la Comunidad Autónoma. Se trata de la declaración formal del monopolio, que excluye a la iniciativa privada.

Cuando algunos hablan de «monopolio de facto», equivocan intencionadamente la cuestión, haciendo extensivo a esos supuestos de

libre concurrencia el procedimiento del artículo 86 de la LBRL. Este Artículo se refiere en su apartado 2 a la «declaración de monopolio» formal, para hacer efectiva ésta en los casos de reserva. Cuando los servicios reservados se ejercen en libre concurrencia, no es lo mismo ni parecido. Estamos ante un régimen general y normal, que no requiere esas cautelas excepcionales. De hecho, ningún Ayuntamiento —que sepamos— recurre al régimen de monopolio declarado para unos servicios obligatorios que vienen prestándose por el poder público local desde tiempos lejanos.

El **modelo opuesto** al de monopolio público es el de **subsidiariedad**. Conforme al mismo, el poder público no puede intervenir directamente en el ámbito de producción de bienes y servicios, salvo en los casos en los que la economía privada sea incapaz o insuficiente para hacerlo (intervención subsidiaria). Este modelo resulta del gusto de ciertos poderes económicos y políticos, precisamente muy contrarios a las denominadas remunicipalizaciones en el ámbito local. Pero no es el propio de nuestro ordenamiento jurídico. Éste defiende la libre concurrencia público-privada, sin establecer una reserva a la intervención de las empresas. Certeramente se expone en las sentencias de referencia:

> En relación con el deber de acreditar la necesidad de llevar a cabo un contrato administrativo para gestionar un servicio público, para preservar la libertad de mercado, **hay que indicar que en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco en el de la Unión Europea, 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.
>
> Sentencia nº 60/23018 JDO. CONTENCIOSO/ ADMTVO. Nº 4 Valladolid

El ordenamiento jurídico español no avala el modelo de intervención pública subsidiaria, ni tan siquiera reserva al sector privado un espacio obligado de «colaboración contractual» en la efectiva gestión de los servicios públicos. Rige un modelo de libre mercado, pero en concurrencia, sin monopolio y sin reservas otorgadas al sector privado.

Es bien cierto que, en un momento dado de la historia reciente, estuvieron a punto de cambiar las cosas. El primer Anteproyecto de lo que luego fue la Ley 27/2013 establecía la necesidad de que toda iniciativa económica local tuviera que ser autorizada por un acuerdo tutelar de la Comunidad Autónoma, aun cuando fuera en libre concurrencia. En la primera redacción del artículo 86 se introducía la exigencia de «un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existentes, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» y, además, supusimos que, a la vista de las conclusiones de este estudio, la Comunidad Autónoma debía autorizar o no la iniciativa económica local, tanto en monopolio como en libre concurrencia. La doctrina interpretó que esto suponía una alteración del modelo histórico de libre concurrencia propio del régimen local español, en favor de la iniciativa privada, una especie de subsidiariedad encubierta. Afortunadamente, y como en otros asuntos exagerados, las aguas volvieron a su cauce y se eliminó la exigencia de autorización, manteniéndose solo para los supuestos de monopolio, como siempre. Resta en la redacción del artículo 86 el requisito del estudio de mercado, pero sin consecuencias conculcatorias de la autonomía local.

Como es lógico, existen partidarios del régimen de monopolio público, y otros que lo son del de subsidiariedad de la intervención pública, pero nuestro ordenamiento jurídico local responde al de libre concurrencia.

Por lo tanto, **el procedimiento tasado del Artículo 97 del TRRL, en conexión con el 86 de la LBRL, debe seguirse en dos supuestos claros: a) cuando se trate de declarar el monopolio de un servicio o actividad reservada, y b) cuando se trate de ejercer la iniciativa de una actividad económica que no esté configurada por ley como servicio público local, aunque ésta se pretenda ejercer en libre concurrencia.**

A partir de esta consideración general, debemos tener en cuenta distintos matices:

- **No es lo mismo competencia local que servicio público.** Si una Entidad Local, en el ámbito de su competencia —sea ésta propia o en virtud del Artículo 7.4 de la LBRL— quiere ejercer una actividad económica, tiene que aplicar el Artículo 86 de la LBRL y,

consiguientemente, seguir el procedimiento del Artículo 79 del TRRL. Esa actividad económica no está configurada por la ley como un servicio público, pero, al asumirla la Entidad Local, se le aplicará un régimen que puede incidir sobre la concurrencia empresarial. Por ello, es necesario seguir el procedimiento señalado. Puede tratarse de una actividad productiva, en absoluto relacionada con prestaciones o servicios a las personas para cubrir necesidades colectivas. Por ejemplo, una fábrica de transformación de productos forestales. No existe la más mínima duda sobre su carácter de actividad económica. Pero puede tratarse de una actividad prestacional cuyo carácter económico resulte dudoso. Tienen carácter económico aquellas actividades que producen bienes o servicios que tienen un valor en el mercado, y se desenvuelven en él. Pero esto es a veces dudoso. Pues entonces tenemos que acudir a un criterio jurisprudencial que tiene gran lógica y que podemos calificar como «la forma atrae al fondo». Dependerá de la forma de gestión que pretendamos utilizar. Si, al configurar como servicio lo que no lo era, elegimos una forma de gestión mercantil (EPEL, Sociedad, Concesión…), se presume que la actividad o servicio es económico, y tendremos que seguir el procedimiento del Artículo 97 del TRRL. Si elegimos una forma de derecho administrativo, quizás no haga falta. No existe una presunción de que la actividad sea económica. Esto debemos tenerlo muy en cuenta en los casos de actividades culturales y/o sociales.

- **Con frecuencia, en la gestión de un servicio público configurado legalmente como tal se realizan actividades que no están amparadas por el contenido material del servicio y, por tanto, deben ser ajenas a su régimen jurídico**. Son actividades económicas que inciden en el libre mercado y pueden tener un efecto negativo sobre la libre competencia. Tal es el caso de un gestor de servicio público de aguas que realiza actividades para los particulares, como enganches, reparaciones en domicilios, etc., en competencia con el sector privado. Son servicios públicos que conllevan el ejercicio de actividades económicas que, por su incidencia en el mercado, exigen el desarrollo de la iniciativa económica conforme al Artículo 86 de la LBRL. No pueden ampararse en el hecho de ser un servicio público legalmente establecido, o incluso obligatorio. Ello exige la renuncia a tales actividades extra por el servicio público *estrictu sensu*[4]. Esta situación o supuesto puede darse

[4] Así se hizo en el proceso de remunicipalización del Ciclo del Agua en Valladolid.

también en casos de competencias locales configuradas como servicio. Así, por ejemplo, en un supuesto del ejercicio de la «información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local». Puede desarrollarse sin configurar un servicio público, como simple actividad administrativa de «información y promoción». Pero, si excede de la competencia propia y desarrolla actividades de gestión turística propias de agencias turísticas privadas, podría hacerlo, pero tendría que desarrollar el procedimiento del Artículo 86 y el 97 del TRRL, porque son actividades económicas que inciden en el mercado y suponen competencia al sector privado. La exigencia de un Informe de los organismos reguladores de la competencia en supuestos de cambio de la forma de gestión, que, en términos generales, no está avalada por disposiciones normativas de régimen local ni sectorial, tiene sentido en estos casos, y únicamente en ellos.

- **La problemática acerca de la utilización obligatoria del procedimiento del Artículo 97 del TRRL, en conexión con el Artículo 86 de la LBRL, es siempre casuística.** Responde a los criterios básicos expuestos, pero siempre es preciso tener en cuenta todos los factores concurrentes en el caso. No es lo mismo servicio que actividad prestacional. No es igual si se trata de un servicio legal obligatorio que si no. No es lo mismo una actividad que se inicia que otra consolidada que cambia de forma de gestión, y no es lo mismo un cambio que otro. Depende a veces de hacia qué forma de gestión nos inclinemos.

En términos generales, podemos afirmar dos cuestiones:

- No todo cambio de forma de gestión de un servicio público exige la tramitación del Artículo 97 del TRRL, ni mucho menos.
- **Cuando se trate de un servicio público local de carácter obligatorio, ya implantado, y que simplemente cambia de forma de gestión, no es necesario realizar la «iniciativa para el ejercicio de actividades económicas» del Artículo 86 ni, consecuentemente, seguir el estricto procedimiento del Artículo 97 del TRRL.**

Esto último es fundamental para los procesos de remunicipalización, por cuanto suelen plantearse en relación con servicios esenciales obligatorios que, por otra parte, llevan prestándose bajo titularidad local desde tiempos lejanos:

> 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 7/1985, de 2 de abril, por lo que la prestación de estos servicios por parte del Ayuntamiento no requiere la adopción de una decisión administrativa asumiendo su titularidad, y ello sin perjuicio de que haya de 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 Régimen Local (TRRL). El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 41/2016, de 3 de marzo (F.J. 9º) considera que en el caso del Artículo 26.1 de la LBRL, los municipios no solo están directamente titularizados (y obligados) a prestar los servicios, de manera que esa obligación del municipio tiene 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 que ese expediente no es necesario.**

Es un contrasentido que la ley obligue a prestar un servicio y que, al mismo tiempo, pudiera obligar a tener que ejercer una iniciativa pública económica, por un camino tortuoso para poder ejercerlo o prestarlo. No tiene sentido y no es así:

> El abastecimiento domiciliario y la depuración de aguas son 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. La configuración de los servicios como obligatorios… y la reserva legal a favor de las Entidades Locales hacen, como ya se ha dicho, que no sea necesario adoptar ningún acuerdo de municipalización, dado que ese acuerdo solamente será necesario cuando el Ente Local vaya a hacer efectiva la prestación en régimen de monopolio. En este caso, debe cumplirse lo previsto en el Artículo 86.2 de la LBRL y en el Artículo 97 del TRRL, y sometido al procedimiento de dicho precepto.
>
> 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 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 …, debiendo insistirse en que tampoco resulta aplicable el Artículo 86 de la LBRL, dado que no establece ningún procedimiento para la forma de gestión de un servicio ya muni-

> cipalizado, en cuanto que dicho Artículo se refiere al ejercicio de la iniciativa pública en actividades de contenido económico y a la prestación de determinados servicios (los reservados) en régimen de monopolio.
>
> Sentencia nº 60/23018 JDO. CONTENCIOSO/ ADMTVO. Nº 4 Valladolid

La cuestión resulta así meridianamente clara.

1.4. La toma de la decisión: el momento adecuado

En España, la remunicipalización entra con fuerza en las agendas políticas a raíz del triunfo en grandes ciudades de partidos y movimientos sociales de izquierdas, partidarios firmes de la gestión pública. Tan pronto se constituyeron los nuevos gobiernos municipales de 2015, se lanzaron las iniciativas remunicipalizadoras. Transcurridos más de tres años, muy pocos son los procesos de remunicipalización concluidos con éxito. Porque la voluntad política no es suficiente, ya que son muchos los obstáculos que vencer, de tipo político, de carácter jurídico y también económico-financieros. **Para superar las barreras es necesario diseñar una buena orientación estratégica, en la que son fundamentales tres cuestiones: la claridad de los objetivos, la toma de decisiones en un momento y un contexto favorables, y el desarrollo del proceso de forma adecuada teniendo en cuenta las condiciones del caso.** En este apartado trataremos sucintamente las dos primeras cuestiones y en el siguiente, el desarrollo estratégico del proceso.

Los objetivos se diseñan teniendo en cuenta tres aspectos: lo que nos mandata la ley, las demandas y expectativas de los ciudadanos, y el programa político de quienes gobiernan. Por este orden. Sin seguir los cauces legales, nada se puede hacer en un estado de derecho. El ordenamiento jurídico, entendido como garantía de los derechos ciudadanos y no como farfolla burocrática, siempre deja un margen para la decisión política. Pero es necesario conocerlo y tenerlo muy en cuenta para lograr los objetivos. Muchos proyectos fracasan por querer ganar el partido vulnerando las reglas del juego. El ordenamiento jurídico, cuando cierra una puerta, seguro que nos deja abierta otra. Es cuestión de encontrarla.

En la gestión pública, el objetivo viene inicialmente marcado por la Ley: satisfacer el interés general, que es el interés de los ciudadanos. En la gestión de los servicios públicos municipales, la satisfacción del interés general debe lograrse siempre de la manera más eficiente y sostenible posible. La sostenibilidad es económica, social y ambiental. La sos-

tenibilidad económica debe predicarse del conjunto de la hacienda municipal. La eficiencia correlaciona los objetivos conseguidos con el montante de recursos empleados. **La versión moderna y dinámica de la eficiencia es la calidad**, que, partiendo de la gestión eficiente, añade dos valores más: el diseño de las políticas en función de las demandas y expectativas del ciudadano y el compromiso organizacional. La Calidad total es un modelo de dirección organizacional que propicia la mejora continua de resultados y procesos.

Trabajar con calidad significa satisfacer las demandas y expectativas del ciudadano al menor coste posible y con el compromiso activo de toda la organización. Por ello, es un buen modelo de dirección de los servicios públicos: cumple con los requisitos de eficiencia, pero siempre gobernando para los ciudadanos y teniéndoles en cuenta (véase Merino Estrada, V. y Ortega Jiménez, P., 2018).

El objetivo de todo proceso de remunicipalización tiene que ser ofrecer servicios de calidad, diseñados en base a las expectativas ciudadanas y con el menor coste posible. En esencia, garantizar servicios públicos en condiciones de eficiencia social. No olvidemos que la Directiva 2014/24/UR, de 26 de febrero, mandata a los gobiernos locales a **garantizar a los ciudadanos un alto nivel de calidad**, de seguridad y de accesibilidad económica: el principio de accesibilidad universal y equitativa al servicio.

El ordenamiento jurídico, lejos de ser un obstáculo, impulsa la calidad y el modelo de calidad nos ayuda a generar un buen servicio para toda la ciudadanía.

Por lo demás, siempre existe un margen —como decíamos antes— para las decisiones políticas en el marco abierto del estado de derecho, ya que los ciudadanos tienen el derecho, no solo a servicios de calidad, sino también a que sus representantes puedan realizar sus políticas, aquéllas que han elegido.

Importantes son el momento y el contexto en que se toma la decisión de impulsar el proceso de remunicipalizar un servicio público. Porque nunca partimos de cero. Como decíamos en el primer apartado, pueden ser dos procesos en el caso de rescate de la concesión, o uno solo, pero siempre partiendo de un estudio riguroso de la situación previa. Siempre partiremos del análisis de una forma de gestión previa, normalmente una concesión, por lo que tenemos que referirnos a la finalización o extinción de un contrato público de gestión de servicios. La concesión de servicios se extingue: a) Por cumplimiento o terminación del tiempo por el que fue contratada; y b) Por resolución anticipada del mismo.

En el caso de extinción por finalización del plazo, situación ideal, el momento de la toma de la decisión se sitúa aproximadamente un año an-

tes, con el inicio de los procesos de control de la reversión, a la vez que se prepara la elección y puesta en marcha de la nueva gestión del servicio.

Sin vencer el plazo establecido, las concesiones de servicios pueden extinguirse por alguna de estas causas, contempladas en los Artículos 211 y 294 de la LCSP:

a) Por acuerdo mutuo.
b) Por incumplimiento del concesionario.
c) Por incumplimiento de la Administración.
d) Por razones de interés público que avalen el rescate de la concesión.

En los supuestos de extinción anticipada, ha de tenerse muy en cuenta las indemnizaciones a favor de la parte no culpable de la resolución, cuestión esta muy importante para tomar una decisión a partir de la influencia que esto tiene en el análisis de eficiencia y sostenibilidad. El incumplimiento del concesionario, claro y demostrable, puede anticipar la recuperación del servicio y facilitar el proceso. Pero han de hacerse las cosas muy bien en el plano jurídico y partir de un potente sistema de fiscalización y control, lo que no es frecuente. El mutuo acuerdo es interesante porque permite pactar tiempo y condiciones. Finalmente, la decisión unilateral que conlleva el rescate del servicio por razones de interés público, para gestionar directamente, tiene el inconveniente de tener que indemnizar al concesionario con cantidades que en determinados servicios son de un montante elevadísimo. El rescate de una concesión puede hacer inviable la operación de remunicipalización en un momento dado, pero no siempre. Depende mucho de la casuística.

¿Es necesario esperar a que finalice el plazo de concesión? No necesariamente. Depende de diversos factores: el nivel de calidad del servicio prestado por el concesionario, la relación con el coste y el grado de satisfacción ciudadana; el tiempo que falte para que finalice el plazo, que repercutirá poderosamente en el monto de las indemnizaciones por lucro cesante, etc.; la situación en que se encuentran las instalaciones del servicio; la disponibilidad y saneamiento de la hacienda municipal.

Lo cierto es que la decisión debe adoptarse en base a informes con datos objetivos y, a veces, el concesionario no facilita su obtención, por razones obvias. Por otra parte, las Administraciones Locales en España no suelen ser malos gestores, pero sí son malos controladores o fiscalizadores. Esto tiene un doble efecto negativo: carencia de secuencias de datos de gestión del servicio y permisividad al concesionario, que —lógicamente— tenderá a maximizar beneficios a costa de un deterioro de cuestiones esenciales para el servicio.

En todo caso, **la decisión debe ser anticipatoria,** tanto en unos casos como en otros. El proceso no comienza con la decisión de implantar una forma de gestión directa, sino mucho antes, preparando el terreno en los procesos previos simultáneos: el control del tramo final de la gestión concesional y la preparación de la Memoria que sustentará la decisión formal en favor del nuevo modo o forma de gestión.

En todo proceso de remunicipalización es fundamental ser proactivo. Cuanto antes se prepare el proceso, más posibilidades existirán de vencer los obstáculos que se encuentren en el camino. Depende del tipo de servicio y de las circunstancias de cada caso. Pero siempre deberemos empezar a preparar el proceso entre seis meses y dos años antes del momento clave: el cambio de forma de gestión.

1.5. Especial referencia a la remunicipalización del ciclo integral del agua

1.5.1. Caracterización del servicio del agua

El agua es un bien esencial, imprescindible para la vida, y el acceso al agua potable y al saneamiento un derecho fundamental de las personas.

Agua limpia y saneamiento. Es el objetivo nº 6 de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Son éstos un conjunto de principios básicos para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad. Se gestaron en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en 2012 en Río de Janeiro, para hacer frente a los grandes desafíos ambientales, políticos y económicos con que se enfrenta nuestro mundo. Se pusieron en marcha en 2016, sustituyendo a los Objetivos del Milenio (ODM 2000), y deben orientar las políticas y la financiación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Pues bien, conseguir el acceso universal al agua limpia y al saneamiento en condiciones de igualdad y equidad es uno de esos grandes objetivos esenciales. Todos debemos comprometernos con él. Desde las naciones desarrolladas debemos cooperar y ser muy conscientes de que el agua es uno de los asuntos esenciales en el que todos nos jugamos el futuro de la humanidad.

El ciclo integral del Agua (**abastecimiento, saneamiento, depuración y reutilización**) es, quizás, el **primero y más básico de todos los servicios públicos municipales** en todo el mundo. También aquél en el que más se centra el debate y la acción entre gestión pública o gestión privada, siempre sobre la imprescindible titularidad pública.

Uno de los trabajos más interesantes acerca de los procesos de remunicipalización publicados en estos últimos años es *Remunicipalización: el*

retorno del agua a manos públicas, de Pigeon, Mc Donald, Hoedeman y Kishimoto. En él se analizan cinco experiencias recientes de remunicipalización de los servicios del agua: París (Francia), Dar es Salaam (Tanzania), Buenos Aires (Argentina), Hamilton (Canadá) y un conjunto de municipalidades en Malasia. El estudio comprende el origen de los cambios; los procesos; el funcionamiento antes y después; así como las lecciones aprendidas en el devenir de las remunicipalizaciones. Los autores dicen mostrarse «positivamente críticos» con los procesos de remunicipalización. Destacan las ventajas, pero también ponen de manifiesto los errores y señalan amplios campos de mejora:

> Queremos celebrar el suministro público del agua, pero también reconocer las dificultades y limitaciones de las reformas «públicas», con la esperanza de identificar vías mediante las cuales la remunicipalización pueda ser más exitosa. Existen preocupaciones acerca de todas las experiencias de remunicipalización que investigamos en este libro y también hay un margen para mejorar en varias áreas. Sería improductivo ignorar o minimizar estos problemas.

Especialmente interesante nos parece que los autores, desde los inicios del libro, adoptan una perspectiva histórica y analizan cómo los debates sobre municipalización de la gestión del agua han sido recurrentes, al menos desde mediados del siglo XIX:

> La mayoría de los servicios contemporáneos de agua del mundo comenzaron como empresas privadas, pero, en la medida en que la ineficiencia de los proveedores privados se hizo cada vez más evidente…, los gobiernos locales comenzaron a municipalizar estos servicios por primera vez. Londres pasó de ser «un monopolio de nueve cabezas» en la década de 1850 a una empresa municipal de servicios públicos en los inicios del siglo XX. La ineficiencia, la colusión de empresas para mantener precios altos y la falta de equidad fueron denunciados, entre otros, por John Stuart Mill, quien proponía que un negocio a tan gran escala, y para evitar esos males, fuera gestionado como una «función pública». También en el Reino Unido, en la década de 1870, fue el liberal radical J. Chamberlain, siendo Alcalde de Birmingham, quien primero logró poner bajo control municipal total la gestión del agua.

Las obras hidráulicas —decía Chamberlain— nunca deber ser fuente de ganancia privada. Toda ganancia debe ir a reducir el precio y mejorar el servicio (véase PIGEON, M., Mc DONALD, D., HOEDEMAN, O. y KISHIMOTO, S., 2012, pp. 9 y 10).

La historia se repite. **No pensamos que una gestión privada del ciclo del agua tenga que ser inevitablemente ineficiente o injusta socialmente. La gestión privada, bajo titularidad pública, es decir en concesión, es legal, legítima y puede funcionar. Pero sí es cierto que el ciclo del agua tiene características que lo hacen difícil.** El mantenimiento de precios relativamente bajos puede hacerse a costa de abandonar la reinversión en las infraestructuras, promoviendo descapitalización de servicios bien dotados históricamente. **El funcionamiento eficaz, eficiente y equitativo de una gestión privada exige un esfuerzo de vigilancia y control municipal, al que los gobiernos locales no están acostumbrados, no saben ni, en muchos casos, tienen la capacidad de hacerlo.**

A la hora de plantear el cambio de gestión y a la de mejorar en todo caso un servicio consolidado, tenemos en España una ventaja importante: la consideración del ciclo del agua como «Servicio Mínimo de Obligada Prestación».

Los Servicios Mínimos de Obligada Prestación son una institución presente en la legislación española de régimen local desde hace casi un siglo, que tiene un importante rol en el fortalecimiento del municipalismo y en la mejora de la calidad de vida de los vecinos.

Aparecieron de forma ordenada en el capítulo IV del Título V del Libro Primero del **Estatuto Municipal de 1924**, bajo la denominación de «Obligaciones de los Ayuntamientos», y eran de cinco tipos: sanitarias; de beneficencia; de «índole social»; en relación con la enseñanza y de servicios comunales. La estructura y contenido eran diferentes de los actuales, pero ya encontramos dos ideas fuerza muy interesantes: en primer lugar, los Servicios Mínimos Obligatorios se estructuraban por tramos de población; en segundo lugar, aparece una llamada a la prestación conjunta «por medio de agrupaciones o Mancomunidades libres».

Respecto al carácter de la obligación, no estaba configurada como derecho de los vecinos, como resulta lógico en la época, pero sí existía un cierto control y exigencia de responsabilidad, más allá de una mera obligación «política». Así, en diversos preceptos se responsabiliza al Alcalde del cumplimiento, y el Artículo 218 del Estatuto Municipal de 1924 disponía que:

> Los Ayuntamientos elevarán anualmente al Ministerio de la Gobernación una Memoria que reseñe la gestión realizada en los distintos servicios municipales desde el ejercicio anterior y su estado y organización.

La persistencia en la legislación, hasta que en la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se concreta en un auténtico

derecho de los vecinos, hace que los Servicios Mínimos de Obligada Prestación hayan cumplido y cumplan una función esencial en varias dimensiones:

- Como garantía de un mínimo competencial para las Entidades Locales.
- Como elemento de priorización de políticas públicas municipales.
- Como garantía de igualdad entre ciudadanos, ya que ven reconocidos unos servicios básicos, con independencia del tamaño y situación del municipio donde residan. Esto es lo más importante.

Ya en 1924, las obligaciones de los Municipios estaban estructuradas por tramos de población y definidas de forma muy detallada. Así, entre las obligaciones «sanitarias» de todos los municipios estaban:

- Suministro, vigilancia y protección de aguas potables, de pureza bacteriológica garantizada.
- Evacuación en condiciones higiénicas de aguas mayores.
- Reforma y, en su caso, clausura de pozos domésticos o de uso público que carezcan de condiciones higiénicas.

Para los municipios de más de 15.000 habitantes, las «obligaciones» eran superiores y muy concretas:

- Organización de los servicios de abastecimientos hídricos para lograr agua en cantidad de 200 litros diarios por persona y de calidad química y bacteriológicamente garantizadas.
- Desaparición de pozos negros y sustitución gradual por sistemas modernos de depuración y eliminación de las excretas.

El abastecimiento de agua potable y el saneamiento han sido, de alguna forma, siempre servicios mínimos obligatorios.

Actualmente, abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado son servicios obligatorios en todo municipio. Son un auténtico derecho de los vecinos, que pueden «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público». Cualquier vecino puede exigir ante la justicia el cumplimiento de la obligación, de forma que el acceso al agua potable en domicilio y al alcantarillado en condiciones de calidad reconocidas sanitariamente es un derecho subjetivo del vecino.

La persistencia y consolidación del agua como Servicio Mínimo de Obligada Prestación municipal ha influido poderosamente en el mantenimiento de la gestión pública en pueblos y ciudades de tamaño medio. En el momento actual influye a la hora de facilitar los procesos de remunicipalización objeto de nuestro estudio. Tiene, como hemos visto, un efecto facilitador y contribuye a la motivación.

1.5.2. La estrategia a seguir: metodología y procesos

En las orientaciones estratégicas a seguir para la remunicipalización del ciclo integral del agua existen —a nuestro modo de entender— cuatro cuestiones clave: **Proactividad, legalidad, inclusividad** y **apertura.**

1.5.2.1. Proactividad

La verdadera orientación estratégica es siempre proactiva, ya que se anticipa a los acontecimientos. Se propone una meta y trata de crear las condiciones que faciliten alcanzarla. Sabe lo que quiere a medio y largo plazo. La gestión está orientada a dar respuesta al problema de forma que se obtengan los resultados previstos. En alguna medida, trata de conformar el futuro (véase Rivero Ortega, R. y Merino Estrada, V., 2014, p. 54).

Si el éxito de los procesos de remunicipalización depende en buena medida del factor anticipación, tratándose del ciclo del agua, mucho más. Se trata de un servicio de gran volumen, complejo y que concita muchos intereses encontrados. Solo anticipándose pueden superarse los obstáculos. Por ello, el proceso debe iniciarse mucho antes de la adopción formal de la decisión. Tan pronto como se tengan claros los primeros objetivos.

1.5.2.2. Legalidad

El proceso de remunicipalización del ciclo del agua es siempre objeto de intereses confrontados, lo que —entre otras cuestiones—, genera casi con seguridad recursos jurisdiccionales, peticiones de suspensión y, en suma, conflictividad jurídica. Por ello, **atenerse a la legalidad sustantiva y procedimental** no solo es un deber inexcusable, sino también un aporte de seguridad que permitirá finalizar en tiempo y con buenos resultados.

Respetar las normas y el procedimiento no significa enredarse en la selva burocrática. Por lo tanto, no es bueno excederse en los procedimientos y realizar trámites innecesarios. En materia de procedimiento administrativo, uno de los asertos más erróneos y dañinos es aquello de que «lo que abunda no daña». El exceso de cargas burocráticas sí daña, y mucho (véase Merino Estrada, V. y Rivero Ortega, R., 2012, pp. 192-207).

Es muy importante estudiar previamente los problemas y definir el procedimiento, con garantías, pero simplificado al máximo. Justo hasta que se corra el riesgo de perder la seguridad jurídica. Este estudio jurídico también debe ser lo más anticipado posible, incluso, en su esencia, antes de realizar la Memoria.

1.5.2.3. Inclusividad

En términos generales, ningún proceso de transformación social importante se logra al margen de cierta inclusividad.

El cambio que implica la remunicipalización del ciclo del agua no es un proceso de transformación social, pero tampoco es un asunto trivial. Concita no solo intereses, sino también diríamos que «pasiones» enfrentadas. No debe ser así o, por lo menos, debemos reducir los apasionados enfrentamientos al mínimo. El proceso debe percibirse como una elección normal, orientada por el interés general, con un aporte claro de beneficios ciudadanos, en términos de relación calidad-precio, con equidad y seguridad para todos.

Es un error presentar el proceso como partidista y cargar las tintas en exceso en el componente ideológico. Éste existe, desde luego, pero no debe situarse en primer plano, para favorecer la inclusividad en el proceso. A ello contribuyen buenas prácticas, como son la inclusión de todos los grupos políticos municipales en las comisiones mixtas, la forma de presentar la Memoria, la incorporación de aportaciones de todos cuantos quieran colaborar, aún desde posiciones críticas, etc.

1.5.2.4. Apertura

El proceso de remunicipalización del ciclo integral del agua debe ser un cauce abierto a la participación de la ciudadanía, en el que se pongan en juego las esencias y las mejores prácticas del «gobierno abierto».

Gobierno abierto es el que practica la transparencia e involucra a los ciudadanos en el diseño y gestión de las políticas públicas. La trans-

parencia es algo más que ofrecer datos a los ciudadanos y que éstos tengan acceso a una gran parte de la información en poder de los gobiernos. Eso es «open data» y está muy bien, pero es insuficiente. La transparencia consiste en poner de manifiesto con absoluta claridad cuál es la finalidad que se persigue con las políticas públicas y quiénes están llamados a ser sus beneficiarios. También deben explicitarse claramente los objetivos, los recursos asignados y de dónde salen. Haciendo las cosas así, el siguiente paso es relativamente fácil: involucrar a los ciudadanos en la gestión y en el control de las políticas (véase Rivero Ortega, R. y Merino Estrada, V., 2014, p. 113). Todo esto viene prescrito por el Artículo 6.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno, que obliga a publicar,

> […] los planes y programas en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previstos para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica, junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.

Poner esto en práctica en el proceso de remunicipalización del ciclo integral del agua es una garantía de éxito. **Desde el principio, deben explicarse muy bien las cosas a los ciudadanos: qué se pretende; qué mejoras se tiene previsto conseguir; quiénes y en qué aspectos serán los beneficiarios… Aportar los datos objetivos y sus proyecciones comparativas…, pero de forma comprensible y con todo tipo de aclaraciones. En su momento, habrá que ofrecer cuentas de evaluación.**

El proceso deber ser absolutamente transparente y con una llamada a la ciudadanía a aportar e involucrarse.

Veamos la aplicación de estos postulados y otros aspectos de referencia en una **síntesis del proceso de remunicipalización del ciclo integral del agua en Valladolid**, siguiendo la ruta del trabajo publicado a comienzos de 2018 por José Manuel Martínez y Teresa Redondo, titulado «La remunicipalización del agua en Valladolid» (2018, pp. 89-122). Complementariamente a esta información que se detalla en las páginas siguientes, se incluye en los Anexos I y II la descripción que aporta Comisiones Obreras de la experiencia de los procesos de remunicipalización que tuvieron lugar en Valladolid y Terrassa, respectivamente.

El retorno a la gestión pública del agua en la ciudad de Valladolid

Oportunidad de cambio

El Ayuntamiento de Valladolid prestó el Servicio del Ciclo del Agua mediante gestión indirecta, con una Concesión a veinte años, desde 1997 hasta 2017. El 30 de junio de 2017 finalizaba el tiempo de la concesión, abriéndose la oportunidad de cambio sin necesidad de rescate. En las elecciones de mayo de 2015, el futuro de la gestión del agua fue objeto de controversia, con manifestaciones diversas en los programas de las distintas candidaturas. El cambio en la Alcaldía, tras veinte años de gobierno del Partido Popular, abrió el proceso hacia la remunicipalización o, cuando menos, a la reconsideración de la gestión por concesión. El fin de la misma facilitaba mucho las cosas, pero había que actuar pronto, ya que 2017 estaba en un horizonte inmediato (véase cuadro 1.1).

Cuadro 1.1
PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN DEL AGUA EN VALLADOLID
HITOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO

1. Acuerdo del Ayuntamiento, pleno de 5 de mayo de 2016: inicio del expediente de determinación de la forma de gestión del agua y nombramiento de la Comisión Mixta.
2. Constitución de la Comisión Mixta político-técnica encargada de redactar la memoria justificativa, 16 de mayo 2016.
3. Incorporación al expediente del «Estudio técnico sobre el ciclo integral del agua» previo a la memoria.
4. La Comisión Mixta concluye el borrador de la memoria, 13 de julio de 2016.
5. Informe de la Asesoría Jurídica General.
6. Informe sobre impacto económico en el Ayuntamiento.
7. Informe sobre impacto fiscal.
8. Informe del Consejo Económico-Administrativo del Ayuntamiento de Valladolid.
9. Informe preceptivo del Interventor General Municipal.
10. La Comisión Mixta presenta la memoria, con informe y anexos, 15 de diciembre de 2016.
11. Propuesta de acuerdo al pleno municipal con sus anexos, estatutos EPEL y estado de bienes adscritos.
12. Acuerdo Ayuntamiento, pleno eligiendo la forma de gestión y aprobando los estatutos de «Agua de Valladolid», EPEL 30 de diciembre de 2016.
13. Publicación del acuerdo y anexos en el BOP, 18 de enero de 2017.
14. Identificación fiscal e inscripción de la EPEL «Agua de Valladolid» en el inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local.

Comienza la cuenta atrás para recuperar la gestión: agosto de 2015

En agosto de 2015, se tomaron dos decisiones previas de gran importancia:

- Se nombró a un funcionario municipal como «Interventor técnico de la Concesión», figura prevista en el artículo 181 del RSCL, para determinar el estado de las instalaciones, fiscalizar las actuaciones del concesionario y gestionar las condiciones de entrega de las instalaciones que revertirían a la municipalidad.
- Se decidió contratar a tres técnicos, economistas e ingenieros, para reforzar la plantilla y concitar apoyos para la elaboración de los estudios previos.

Estas medidas eran muy necesarias porque, durante 18 años de concesión, la estructura municipal de control y seguimiento había sido muy débil. Se disponía de escasa información directa sobre el estado de las instalaciones y el funcionamiento del servicio. El personal municipal conocedor del ciclo integral del agua era escasísimo.

Conocimiento del estado de la gestión e información al ciudadano: enero-abril 2016

En el mes de enero de 2016 se constituyó un Equipo técnico interdisciplinar (letrados, economistas, ingenieros…) para que elaborasen un **Estudio o Informe previo acerca del estado de la cuestión en el Servicio:** elementos, variables y condicionantes relevantes para la prestación del Servicio del Agua. El Estudio fue presentado a los Grupos políticos municipales el 13 de abril de 2016. La información y explicación a la ciudadanía se inició precisamente con una mesa (I Foro ciudadano sobre el Ciclo del Agua) para presentar y explicar los datos y principales conclusiones del Estudio, que en esencia eran:

- La concesionaria del servicio, Aguas de Valladolid S.A., filial del grupo Aguas de Barcelona (AGBAR), abastece de agua a la ciudad de Valladolid y se encarga del suministro en alta a varias poblaciones cercanas, atendiendo a unas 350.000 personas.
- Para ello, gestiona dos plantas de tratamiento de agua potable (ETAP), una estación depuradora de aguas residuales (EDAR) y un laboratorio tanto de control de vertidos como de calidad del agua de consumo humano.

- La cantidad de agua potable distribuida desde las ETAPs se eleva a casi 29 millones de metros cúbicos al año, provenientes tanto del Canal del Duero como del Canal de Castilla. Esta cantidad de agua se distribuye a través de una red de abastecimiento de más de 666 km de longitud.
- La plantilla de Aguas de Valladolid está formada por 159 profesionales, algunos de ellos provenientes de la antigua sociedad municipal que gestionaba el servicio con anterioridad a la concesión.
- Si bien no constaban significativas quejas sobre la relación calidad-precio del servicio, durante los años de concesión no se había reinvertido el canon obtenido por el Ayuntamiento de Valladolid en la renovación de las instalaciones y redes para lograr su óptimo estado de conservación. Existe un déficit acumulado durante los anteriores 18 años de, al menos, 96,7 millones de euros, que determina que nos encontremos en un punto crítico: muchos elementos están obsoletos, su vida útil agotada y su estado es muy deficiente. Podría producirse un fallo masivo del sistema, poniendo en riesgo real la prestación del servicio. Por este motivo, era imprescindible:
  - — Analizar las vidas útiles de cada instalación y maquinaria.
  - — Comprobar su estado real.
  - — Poner de relieve las situaciones críticas, que de ningún modo deberían desatenderse.
  - — Cuantificar la inversión necesaria y la temporalización de su ejecución.
- En base al estudio se fijaban unas **necesidades de inversión** en cada una de las instalaciones, que era necesario tener en cuenta para mantener operativas las infraestructuras que son responsabilidad municipal, con el fin de no descapitalizarlas con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos. El déficit inversor, sumado a los requerimientos de reposición para el periodo 2018-2032, arrojó la cifra final necesaria en inversiones (sin IVA) de 232.000.000 €.

Primer acuerdo del Pleno municipal. Creación de la Comisión Mixta político-técnica. Participación ciudadana en el proceso: mayo-julio 2016

El Ayuntamiento, en sesión plenaria de 5 de mayo de 2016, acordó iniciar el expediente para la determinación de una nueva forma de gestión. En ese mismo acuerdo plenario se creó la Comisión Mixta encargada de elaborar la propuesta de **Memoria justificativa** de la forma

más sostenible y eficiente de gestión de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales, compuesta por seis concejales y cinco técnicos. La Intervención municipal, que debía fiscalizar la Memoria final, intervino como observadora.

Esta Comisión se reunió en tres fechas: 16 de mayo, 31 de mayo y 13 de julio de 2016, abordando diferentes aspectos:

- Análisis de las inversiones previstas.
- Informe sobre los aspectos fiscales.
- Informe sobre la situación jurídica de los trabajadores.
- Informes sobre los aspectos cualitativos de las formas de gestión, sobre la capacidad de control y toma de decisiones.
- Modelos económicos de la gestión del agua en cada forma de gestión.

Paralelamente, se desarrollaron otras dos llamadas a la participación, el 23 de mayo de 2016 (II Foro Ciudadano) y el 12 de julio de 2016 (III Foro Ciudadano). Estos encuentros con la ciudadanía respondían al compromiso de información y consulta directa, recogiendo la recomendación del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa ciudadana europea Right2water. Los Foros contaron con la participación de colectivos y personas interesadas, de los que se recogieron opiniones y sugerencias. El diálogo, tanto con la dirección de la concesionaria como con la plantilla, fue fluido y constante.

Redacción de la Memoria e incorporación de Informes: agosto-noviembre 2016

Para la redacción de la Memoria, la Comisión Mixta contó con un conjunto de Informes relevantes, que quedaron incorporados:

- Sobre el impacto que tendría en el presupuesto del Ayuntamiento de Valladolid la incorporación del servicio de agua como gestión directa.
- Sobre el procedimiento para la aprobación de la Memoria.
- Sobre la subrogación del personal y el límite de la Ley de Presupuestos Generales del Estado a la tasa de reposición de efectivos.
- Sobre la incidencia de los aspectos fiscales en las diferentes formas de gestión.
- Sobre la naturaleza jurídica del ingreso por abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas residuales.

La opción por una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL) se manifestó como adecuada y la más sostenible y eficiente, por las siguientes razones:

La Memoria redactada (véase cuadro 1.2), que dejó constancia de los asesoramientos recibidos, puso de relieve todas las ventajas de la Entidad Pública Empresarial, en los términos de eficiencia y sostenibilidad. Desde un punto de vista cuantitativo, la Memoria demostró que la gestión directa es la forma más eficiente para gestionar el servicio, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Para justificar lo anterior, se incluyeron modelos económicos que lo acreditan. Dos son principalmente las variables que se toman como base en estos modelos: el incremento de tarifa necesario para llevar a cabo las inversiones requeridas, y las necesidades de financiación con las que gestionar el servicio. En los casos de gestión indirecta, se parte de una rentabilidad para el socio del 5 por ciento, y en los casos de gestión directa una optimización de los recursos. Se realizaron previsiones de *cash flow* (resultado + amortizaciones) a 15 años para todos los modelos de gestión. Teniendo en cuenta los parámetros definidos, las conclusiones mostraron una mayor rentabilidad económica de la gestión directa, tanto por la propia entidad como mediante entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, al conseguir la ejecución de todas las inversiones necesarias para el ciclo integral del agua con la menor subida de tarifa y con excedente de tesorería a partir del séptimo año.

La situación es económicamente más desfavorable —con mayor subida de tarifa— en la gestión indirecta, sobre todo por el efecto de la bonificación del Impuesto de Sociedades al 99 por ciento o 100 por ciento en los modelos de gestión directa, y por la rentabilidad establecida para el socio. La subida se quedaría en un 0,97 por ciento en la gestión directa. Sin embargo, si acudimos a un sistema de empresa mixta o de concesión, sería necesario subir las tarifas un 1,83 por ciento o un 2,2 por ciento, respectivamente. Por hacer un análisis comparativo con el periodo anterior, frente a un incremento de tarifa real neto del Índice de Precios al Consumo (IPC) en el periodo de 18 años de concesión (1997-2015) del 78,7 por ciento, se planifica una subida de tarifa con la gestión directa del 15,6 por ciento en un periodo de 15 años.

Desde un punto de vista cualitativo, se constata como más eficiente la gestión directa, ya que, si bien en los modos de gestión indirecta se asegura también la prestación de los servicios públicos, ha-

ciendo realidad los principios de igualdad, de acceso, calidad y continuidad, mediante la dirección y control del concesionario, se le debe garantizar una rentabilidad a la empresa privada y mantenerla a lo largo de la vida del contrato. Este compromiso asumido frente al agente privado condiciona la prestación del servicio, ya que la Administración no puede variar las condiciones, por mucho que cambien las circunstancias sociales o económicas del servicio público. Si tuviera que hacerlo, debería tramitar la correspondiente modificación contractual, si fuera posible, y garantizar en todo caso el reequilibrio económico de la concesión. La gestión directa permite adoptar la decisión que mejor se adapta a los intereses generales sin estar condicionada por los compromisos asumidos frente al socio concesionario.

CUADRO 1.2
MEMORIA JUSTIFICATIVA JURÍDICA, SOCIAL Y ECONÓMICO-FINANCIERA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FORMA MÁS SOSTENIBLE Y EFICIENTE DE GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN VALLADOLID

En el anexo III de este manual se reproduce el apartado 12 de la memoria, correspondiente a la Propuesta del modo de gestión. La memoria completa se puede consultar en el siguiente enlace: http://aquavall.es/wp-content/uploads/2017/06/MEMORIA-APROBACIÓN-EPELY-ASESORAMIENTOS-RECIBIDOS.pdf

ÍNDICE DE CONTENIDOS DE LA MEMORIA

1. Introducción.
2. Antecedentes.

Parte socio-jurídica

3. Aspectos sociales.
4. Aspectos organizativos.
5. Descripción técnica.
6. Aspectos jurídicos.
7. Proyecto de reglamento de prestación del servicio y Estatutos.

Parte económico-financiera

8. Presupuesto de ejecución de obras, instalaciones, vehículos y maquinaria.
9. Tarifas/tasas:
   - Evolución entre 1997 y 2015.
   - Proyecto para 2017 y 2018.
10. Estudio comercial del servicio/ingresos.
11. Programa de actuación plurianual y anual: objetivos e indicadores de seguimiento.

Propuesta del modo de gestión

12. Ventajas, determinación y razonamiento de la elección del sistema de gestión.

Anexos
- Contratos permanentes.
- Proyecto de Reglamento.
- Estatutos de la EPEL.
- Previsión en las Cuentas de Resultados a 15 años para cada modo de gestión.

Informes
- Sobre personal, de la Asesoría Jurídica General Municipal.
- Sobre la forma de gestión más sostenible.
- De la Asesoría Fiscal.
- De impacto en el Presupuesto del Ayuntamiento.
- Del Consejo Económico-Administrativo.

Dentro de las formas de gestión directa, la Memoria estableció el análisis comparativo, punto por punto, entre la gestión por la propia Entidad Local, el organismo autónomo local, la sociedad mercantil local y la Entidad Pública Empresarial Local. Se consideró a la EPEL más ventajosa que la primera, ya que ésta no garantiza el ritmo y volumen de las inversiones que requiere el ciclo integral del agua y, si se ejecutase toda la inversión necesaria, podrían resultar negativamente afectadas otras inversiones o programas municipales, dadas las condiciones actuales de limitación del gasto que la legislación en materia de estabilidad presupuestaria impone a las entidades locales. Frente al organismo autónomo, se argumentó la mayor especialización de la EPEL, a la luz de la regulación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Los organismos autónomos desarrollan actividades derivadas de la propia Administración Pública, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta, mientras que las Entidades Públicas Empresariales se caracterizan por simultanear el ejercicio de potestades administrativas con actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. La gestión del ciclo integral del agua es claramente un ejemplo de esto segundo. La mayor adecuación de la EPEL respecto a la sociedad mercantil de titularidad municipal se justificó por la imposibilidad de ésta de recaudar en ese momento la tasa, a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo. Capacidad que sí tenía, mediante previsión estatutaria, la Entidad Pública Empresarial, como pone de relieve el informe del Consejo Económico Administrativo al que nos hemos referido con anterioridad.

Especial importancia revistió, por su carácter preceptivo y la expresa relevancia que le otorga el Artículo 85.2 de la LBRL, el **Informe del Interventor Municipal** (véase cuadro 1.3), que fue favorable a la propuesta contenida en la Memoria.

Segundo acuerdo del Pleno Municipal. Elección de la forma de gestión y aprobación de los Estatutos de la EPEL: diciembre 2016-enero 2017

Completado el expediente a que se refiere el artículo 85 de la LBRL, el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid acordó, el 30 de diciembre de 2016, aprobar la Memoria sobre la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestionar los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales, con la propuesta de gestión directa del servicio a través de la constitución de una Entidad Pública Empresarial Local. En dicha sesión se aprobaron también sus estatutos y la adscripción de bienes a la misma. El acuerdo fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid el 18 de enero de 2017 y, tal y como dispone el artículo 85 de la LRBRL, la Memoria, que deja constancia del asesoramiento recibido y de los informes sobre el coste del servicio, fue publicitada a través de la página web municipal.

Primeros pasos de la Entidad Pública Empresarial Local: febrero 2017

En los dos primeros meses desde la publicación oficial del acuerdo de constitución, el Consejo de Administración de la Entidad tuvo tres reuniones. En ellas se acordó el Programa de Actuación Plurianual 2017-2019, con los objetivos estratégicos, la previsión de ingresos y gastos para el segundo semestre de 2017 a incluirse en el Presupuesto General Municipal y que se estimó en 14.933.000 euros. Además, se aprobaron las bases de contratación del Gerente, la licitación para el suministro de energía eléctrica, y se determinaron las normas de contratación de la EPEL en su calidad de poder adjudicador. Se realizó también la propuesta a la Junta de Gobierno Local de la Ordenanza e imposición de la tasa, con congelación en 2017, para después, en previsión de las inversiones que hiciera la empresa para mejorar las instalaciones, modular la tarifa, atendiendo a los criterios sociales y medioambientales.

CUADRO 1.3
INFORME DE LA INTERVENCIÓN MUNICIPAL GENERAL DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA FORMA MÁS SOSTENIBLE Y EFICIENTE PARA LA GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA

Conclusiones

I. El Ayuntamiento de Valladolid no tiene prohibido constituir nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes, al no tener vigente durante el año 2016 ningún Plan Económico Financiero o de Saneamiento.

II. El modelo propuesto se sustenta en la necesidad de ejecutar un plan de renovación y mejora de la red del servicio, bajo los principios de gestión eficaz y eficiente.

III. Partiendo de los modelos elaborados en términos de homogeneidad, se aprecian unos mejores resultados mediante la gestión directa por el propio Ayuntamiento de Valladolid. Si bien esta diferencia no puede ser determinante a la hora de la elección de la forma de gestión.

IV. La consideración de las tarifas del agua como tasas presupone que ni las sociedades municipales ni los concesionarios puedan recaudarlas, al no poder ejercer potestades administrativas.

V. El Ente Público Empresarial Local, en el momento en que se financie mayoritariamente por ingresos de mercados, al no estar en el ámbito de consolidación a efectos SEC, no está sujeto al cumplimiento de la regla de gesto, ni los superávits se tendrían que destinar a amortizar deuda. Y tampoco consolidaría su endeudamiento con el del Ayuntamiento.

VI. La eficacia y eficiencia en la gestión es la piedra angular de toda esta arquitectura. En este sentido, la creación de un ente puede presentar las ventajas de conseguir una mayor especialización en la gestión del servicio. Pero es fundamental la programación por objetivos, con una supervisión continua de su complimiento.

VII. La situación del personal de la actual concesionaria pasaría a ser la misma en cualquiera de las formas de gestión directa.

VIII. En cuanto a la fiscalidad de la operación, si es gestionada por el propio Ayuntamiento, no estaría sujeta a ningún impuesto, si bien tendría sus dificultades la implantación de los mecanismos para deducirse del IVA soportado por la prestación del servicio. En el caso de sociedad Municipal o EPEL, en principio la adscripción de la red municipal no estaría sujeta al pago de ITP, pero tendría que pagar IAE (impuesto municipal) y el 1 por ciento del Impuesto de Sociedades. En cualquiera de las formas de gestión, la tasa del agua estaría sujeta al IVA.

IX. La forma jurídica propuesta: Entidad Pública Empresarial, cumple todos los requisitos establecidos por la LRJSP.

X. Todos los modelos concluyen que no requieren aportaciones municipales y prevén superávit. Por lo que se considera el servicio sostenible financieramente. Si bien, al destinarse todos los beneficios al plan de inversiones, supondrá el Ayuntamiento de Valladolid una disminución de ingresos destinados a gastos generales, por lo que éstos deberán ajustarse.

Conclusiones finales

- De acuerdo con lo expuesto, si bien la gestión por el propio Ayuntamiento presenta un mejor resultado económico, este no se puede considerar sustancial ni determinante en tanto que su diferencia no la considero relevante. Y la forma de Organismo Autónomo no procede, en cuanto desarrollan actividades derivadas de la propia Administración Pública, y en este caso se trata del ejercicio de una actividad prestacional de un servicio financiado mayoritariamente por ingresos de mercado a efectos SEC.
- La Entidad Pública Empresarial se presenta dentro de las formas de gestión directa, como una forma de gestión que simultanea el ejercicio de potestades tributarias y de recaudación (lo que no puede tener ni una sociedad municipal ni un concesionario) y el ejercicio de una actividad prestacional, como es el servicio de gestión integral del agua, con un alto grado de especialización. Dotándole así de una mayor flexibilidad en la gestión. Y, por otra parte, el EPEL no estaría sujeto a todas las reglas fiscales de la LOEPSF, al no estar sujeta a la regla de gasto y poder destinar su superávit a la ejecución de inversiones.
- La forma de EPEL, conforme a los modelos presentados la considero sostenible financieramente, pero siempre que su gestión sea eficiente en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- La gestión eficiente es la primera y última justificación de cualquier forma de gestión de un servicio público, mediante la programación por objetivos y controlada de forma permanente de modo que permita conocer si sigue siendo la forma más eficiente y eficaz posible de cumplir los objetivos que se persiguen con su creación.

Litigiosidad: marzo a mayo 2017

La concesionaria del servicio presentó alegaciones incluso con anterioridad al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de diciembre de 2016. Esta solicitud resultó extemporánea, dado que el expediente se encontraba ya dictaminado por la Comisión del Pleno. Dicho dictamen se produjo el día 22 de diciembre de 2016 y, por lo tanto, formulada la propuesta de resolución y, consecuentemente, cerrada la fase instructora en la que se incardina el trámite de audiencia. Ahora bien, el 30 de enero de 2017, la empresa y una asociación de vecinos de la ciudad presentaron sendos **recursos de reposición**, cuyos principales argumentos, en síntesis, eran:

- La omisión de los trámites esenciales del procedimiento de establecimiento de una forma de gestión directa del servicio «en régimen de monopolio», alegando que no se había seguido el procedimiento del artículo 86 de la LBRL y del artículo 97 del TRRL.

- El incumplimiento de la normativa laboral y administrativa, con perjuicio para los empleados de Aguas de Valladolid adscritos al servicio, por causar precariedad en el empleo, al subrogarse en condición de indefinidos no fijos.
- La vulneración de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, por incorrecta clasificación de la EPEL fuera del sector Administraciones Públicas a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, por entender que el cumplimiento de la regla del 50 por ciento, si bien es indicativa, no es condición suficiente para determinar si una unidad institucional es de mercado.
- La improcedencia de la fundamentación referente a que el servicio únicamente se podría gestionar directamente sobre la premisa de que la tarifa del servicio debe ser una tasa, que únicamente puede ser recaudada por la EPEL.
- La solicitud de la suspensión del acuerdo del Pleno del 30 de diciembre de 2016, refiriendo perjuicios de imposible o difícil reparación.

El Pleno del Ayuntamiento de Valladolid, el 23 de febrero de 2017, acordó la desestimación de los recursos. La sociedad concesionaria interpuso el 16 de marzo de 2017 un recurso contencioso administrativo y solicitó la medida cautelar de suspensión del acuerdo.

La Confederación Vallisoletana de Empresarios y la Asociación Española de Empresas Gestoras del Agua Urbana también interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos contra el acuerdo. Idéntica medida adoptó **la Abogacía del Estado, a instancias del Gobierno de España,** por entender que la incorporación de la plantilla a la Entidad Pública Empresarial contravenía las limitaciones a la contratación impuestas por la legislación estatal al sector público, e igualmente **pidió como medida cautelar** la suspensión de la eficacia del acuerdo.

Las medidas cautelares solicitadas fueron desestimadas mediante autos de los juzgados Contencioso Administrativos nº 3 y 4 de Valladolid, y ratificados por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sentencia de 3 de noviembre de 2017, rec. 360/2017, con los siguientes argumentos:

- La titularidad municipal de los servicios comprende la potestad de decidir sobre la forma en la que han de gestionarse los mismos.
- Los contratos de concesión del servicio actualmente vigentes se extinguen el día 30 de junio de 2017 por el transcurso del pla-

zo de duración de los mismos, procediendo, a partir del momento indicado, a la reversión de la concesión.

- La entidad actual 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.
- 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.
- 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. La subrogación 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.
- El Pleno del Ayuntamiento 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.
- 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 acordado tenga por qué afectar negativamente a esa prestación, y ello dejando a salvo los desajustes iniciales, que no tienen por qué considerarse insuperables.
- Además del interés del usuario del servicio está el interés de la Corporación Local en 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 quien tiene mayoría en el Ayuntamiento, dado que ello es propio del carácter democrático de las Corporaciones Locales, más concretamente de los Ayuntamientos.

Llegó el 1 de julio de 2017 e imperó la normalidad. El servicio remunicipalizado comenzó a funcionar eficazmente. A día de hoy, en términos generales, los recursos han sido fallados en favor del Ayuntamiento.

1.5.3. La gestión directa por Entidad Pública Empresarial Local o por Sociedad de capital íntegramente público

1.5.3.1. Las formas de gestión directas o propias

La utilización de los términos «directas» e «indirectas» para clasificar en dos grandes bloques las formas de gestión tiene tradición en el régimen local español. Ya el Estatuto Municipal de 1924 decía que «Los Ayuntamientos podrán administrar y explotar directamente los servicios…» (Artículo 169). Se utilizaron también en la Ley de 1935 y en las posteriores, así como en el Reglamento de Servicios de 1955. Hoy, la LBRL dice:

> 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** [...]
> B) Gestión **indirecta** [...]
>
> Artículo 85.2

Como en su día afirmó el profesor SOSA, la expresión «directa» no es muy afortunada, ya que directo, según el Diccionario de la Real Academia Española, es «lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios», cuando, en varias de las denominadas formas directas, se utiliza una entidad intermediaria que dispone de personalidad jurídica propia distinta de la que ostenta la Entidad Local (véase Sosa Wagner, F., 2008).

Fernando Albi proponía,

> […] atender en primer lugar a la idea descentralizadora, la cual, a nuestro juicio, constituye el principio generador básico de los modos de gestión. Éstos han ido surgiendo como consecuencia de la necesidad absoluta de desglosar del núcleo inicial diversas actividades que, por su volumen y por su complejidad técnica, no podían ser dirigidas desde el mismo. Los modos gestores son, en esencia, formas descentralizadas y olvidar esta característica constituye un grave error. En esa descentralización desempeñan un papel preponderante las colaboraciones externas, y principalmente las intervenciones de carácter privado.

Por ello, en su «cuadro sistemático de los modos de gestión» diferencia entre modos centralizados y descentralizados, dividiendo estos últimos entre los de dotación pública exclusiva y las modalidades de colaboración (véase Albi Cholbi, F., 1969).

En realidad, el elemento diferenciador entre las formas directas e indirectas es la participación o no de una organización independiente en la gestión.

En las formas directas, la Administración titular lleva a efecto la gestión con su propia organización o mediante organización diferenciada, en su caso personificada, pero siempre totalmente dependiente de ella. Así lo expresa el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en su artículo 41:

> Se entenderá por gestión directa la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones Locales por sí mismas o mediante organismos exclusivamente dependientes de ellas.

Por el contrario, en las formas indirectas, una organización independiente colabora con la Entidad titular del servicio, participando de forma más o menos intensa en la gestión.

En las formas directas, la Entidad Local gestiona con medios propios y su voluntad es la única que cuenta. Así que asume de manera plena el riesgo económico, respondiendo íntegramente de los resultados. Por ello, la gestión es totalmente pública.

Las formas directas son puramente organizativas: formas propias. Y, aunque en la ley se mantiene la tradicional denominación de «directa», se usa cada vez más el término «formas propias», que expresa mejor su naturaleza.

Las formas de gestión directa o propia se clasifican en centralizadas, desconcentradas y descentralizadas.

- **La gestión directa sin órgano especializado es centralizada.** La entidad titular asume la gestión sin intermediación alguna. Utiliza funcionarios y en su caso personal laboral de la propia plantilla. Los servicios se encuadran en los órganos típicos de la organización municipal centralizada y los poderes de decisión a todos los niveles corresponden a los órganos de gobierno de la Entidad. Es la forma directa *estrictu sensu,* conocida como forma directa simple.

- **La gestión directa con órgano especializado es una forma desconcentrada.** Existe una organización diferenciada, pero sin personalidad jurídica. Habrá un Gerente y un Consejo de Administración, así como sección presupuestaria propia y contabilidad separada. Esta forma de gestión responde pues a un principio de desconcentración funcional, gozando el órgano especial de la

autonomía que la Entidad le confiera, pero en todo caso sin personificación. Se conoce como gestión directa compleja por la propia Entidad.

- **En los organismos autónomos, Entidades Públicas Empresariales y sociedades de capital íntegramente público existe una descentralización funcional**. Tenemos una organización dotada de personalidad jurídica y cierta autonomía, siempre limitada por su dependencia total y exclusiva de la Entidad Local. Son formas descentralizadas, pero dependientes. Por ello, los consideramos Entes instrumentales.

Entre estas tres últimas modalidades o formas, la primera es de derecho administrativo y las dos siguientes son de derecho mercantil, aunque la EPEL con matices, ya que está pensada para ejercer determinadas potestades administrativas.

Desde este punto de vista, podemos establecer una clasificación en función del derecho aplicable a su actuación frente a terceros:

- **Formas de derecho administrativo**: Gestionadas por la propia Entidad y Organismo Autónomo Local.
- **Formas de derecho mercantil**: Entidad Pública Empresarial Local y Sociedad de capital íntegramente público.

Tras la reforma de 2013, la LBRL concede una gran importancia a esta clasificación, que establece una prioridad en favor de las formas de derecho administrativo frente a las mercantiles.

Como decíamos, esta prioridad no está razonablemente justificada porque va contra el principio de acomodar la organización al fin perseguido. Cuando se trata de gestionar grandes servicios económicos es mucho más eficiente utilizar una forma mercantil. Para gestionar el servicio del ciclo integral del agua, desde una opción pública no se puede descartar ni postergar las formas de gestión directa de carácter mercantil, las más adecuadas y eficientes en grandes ciudades, en términos generales, claro está.

Si para gestionar un Servicio integral del agua optáramos por una forma de derecho administrativo, lo que no es descartable en ciudades pequeñas o medianas, quizás la más recomendable sea la **Gestión Directa con Órgano Especializado**. Sus ventajas frente al Organismo Autónomo son: la integración y el control, y la eliminación de tendencias incrementalistas de plantillas y presupuestos. Pero a la vez, **facilita** el análisis de costes, la transparencia y cierta eficiencia.

1.5.3.2. Gestión Directa con Órgano Especializado

Sobre la Gestión Directa con Órgano Especializado, lo primero que tenemos que decir es que el artículo 85.2 de la LBRL no contempla distinción alguna y no reconoce explícitamente esta submodalidad de gestión.

Nos apoyamos en los Artículos 101 y 102 del **Texto Refundido de Régimen Local**, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en los Artículos 68 a 75 del **Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales**, de 12 de junio de 1955.

Obviamente, si existe normativa autonómica al respecto, ésta será preferente, ya que la LBRL nada dice. De no existir **normativa autonómica**, la cobertura legal la ponen los artículos mencionados, pero es muy conveniente, sobre todo en los Municipios de gran población, **recoger esta figura en el Reglamento Orgánico propio.** El Reglamento Orgánico propio nos ofrece una posibilidad de autorregulación en materia de organización que debe ser utilizada. Tras la STC 214/89, de 21 de diciembre, ya sabemos que su rango fue postergado tras las leyes autonómicas en la materia. Pero —en ésta y en tantas otras cuestiones— debemos aprovechar la potencialidad del Reglamento Orgánico, sobre todo si no existe normativa autonómica.

Algunas consideraciones importantes:

- El **Órgano Especial de Administración** no deja de ser un órgano de la Administración municipal centralizada, ya que carece de personalidad jurídica y de presupuesto especial.

  Estamos ante un supuesto de desconcentración funcional.

- El **Órgano Especial de Administración** se distingue de los restantes órganos de la Administración centralizada por plasmar un espacio de desconcentración de funciones, mediante una diferenciación orgánica, presupuestaria y contable, a la que se suma el grado de autonomía en la gestión que el Ayuntamiento decida otorgarle en el **Reglamento de su constitución**.

- La diferenciación orgánica viene dada por la existencia de **un Consejo de Administración y un Gerente.**

  — El **Consejo de Administración** será nombrado por la Corporación y necesita estar presidido por un miembro de la misma. Esto es lo único que nos dice el Artículo 101 del TRRL. La Corporación, al crear el órgano o recogiéndolo en el Regla-

mento, debe establecer el número de componentes y demás aspectos de conformidad con el ordenamiento.

No consideramos aplicable el artículo 73 del RSCL, ya que su contenido no fue recogido por el TRRL. Se trata de un procedimiento agotador que no deja margen a la potestad de autoorganización y, por lo tanto, no es solo preconstitucional, sino inconstitucional.

— El **Gerente** será nombrado por el Alcalde, a propuesta del Consejo de Administración.

Sus funciones serán:

a) Representar administrativamente al Órgano especializado.
b) **Dirigir e inspeccionar los Servicios**.
b) Asistir, con voz, pero sin voto, a las sesiones del Consejo de Administración y **hacer cumplir sus acuerdos**.
d) Las demás funciones que el Consejo le delegue o encomiende.

- El **Órgano Especial de Administración** tendrá, dentro del presupuesto municipal único previsto en la legislación de Haciendas Locales, una **sección presupuestaria propia,** que se nutrirá de las partidas consignadas a tal fin y de las subvenciones o auxilios que reciba.

- El **Órgano Especial de Administración** llevará, con independencia de la contabilidad general del Ayuntamiento, una **contabilidad especial,** debiendo publicarse los balances y liquidaciones.

  La contabilidad especial del Órgano Especializado se llevará según las normas propias de la contabilidad analítica de costes. Para ello, se articulará de forma que permita conocer al final de cada ejercicio el coste real del funcionamiento global del órgano especial y de cada uno de los servicios que lo integran, así como el coste real de la ejecución de cada uno de los programas a su cargo.

- El **Órgano Especial de Administración** se regirá por un **Reglamento,** que desarrollará la organización y el funcionamiento, determinando el nivel de autonomía en la gestión.

  En el Reglamento no solo se desarrollarán los aspectos organizativos y funcionales del Consejo de Administración y del Gerente, sino que se pueden establecer otros órganos. Así, por ejemplo, puede ser aconsejable establecer y regular un **Consejo Asesor**, cuya función sea llevar la opinión y la voz de los usuarios y de la sociedad en relación con el funcionamiento del o de los servicios públicos que gestione el órgano especializado.

1.5.3.3. La Entidad Pública Empresarial Local

La **Entidad Pública Empresarial Local** (EPEL) es un ente instrumental personificado de carácter híbrido que fue introducido en el régimen local por la reforma del 2003 en el proceso de «lofagización». Está a medio camino entre el Órgano Autónomo, de derecho administrativo, y la Sociedad de capital público, de derecho mercantil. **Es una entidad de derecho público**, pero ejerce potestades administrativas. **En su actuación como gestora del servicio se rige por el derecho privado.** Su constitución es íntegramente administrativa. Pero es mercantil. Por definición, está en el mercado y se financia necesariamente con ingresos del mismo. De esta dualidad provienen sus utilidades. Muy notables cuando se trata de gestionar servicios económicos de importancia.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, define la Entidad Pública Empresarial y especifica el requisito esencial que la justifica y la normativa aplicable en su actividad:

- Las Entidades Públicas Empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.
- Las Entidades Públicas Empresariales se financiarán mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tienen la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.
- A tales efectos se tomará en consideración la clasificación de las diferentes entidades públicas a los efectos de la contabilidad nacional que efectúe el Comité Técnico de Cuentas Nacionales y que se recogerá en el Inventario de Entidades del sector Público Estatal, Autonómico y Local.
- Las Entidades Públicas Empresariales deben aplicar el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Las Entidades Públicas Empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas

en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.
- La contratación de las Entidades Públicas Empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos del sector público.

Requisitos para la creación de una EPEL

La Ley 40/2015 somete la creación de una Entidad Pública Empresarial a los siguientes requisitos:

- **La elaboración de un plan de actuación con un contenido mínimo que incluye un análisis de eficiencia y las razones que fundamentan su creación.**
- **Justificación de la forma jurídica propuesta.**
- **Determinación de los objetivos que cumplir y de los indicadores para medirlos.**
- **Acreditación de inexistencia de duplicidades.**
- **Justificación, en su caso, de la no aplicación de una gestión compartida de los servicios comunes** (enumerados por el art. 95.2) por razones de eficacia conforme al art. 7 de la LOEPSF.

El plan inicial de actuación contendrá, al menos:

a) Las razones que justifican la creación y la no duplicidad
b) La forma jurídica propuesta y un análisis que justifique que es más eficiente
c) La fundamentación de la estructura organizativa
d) El anteproyecto del presupuesto
e) Los objetivos del organismo, con los indicadores para medirlos, y la programación plurianual.

Los Estatutos de la EPEL: contenido mínimo

Las Entidades Públicas Empresariales Locales se regirán por lo dispuesto en la mencionada legislación y por **sus propios Estatutos** (véase cuadro 1.4), aprobados por la Corporación. La LBRL impone un contenido mínimo obligatorio a los Estatutos:

1. La **determinación de los máximos órganos de dirección del organismo,** ya sean unipersonales o colegiados, así como su **forma**

de designación, con respeto, en todo caso, a lo dispuesto en la Ley, así como la **indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.** La Ley dispone que:

— Existirá un **Consejo de Administración**.
— El Secretario del Consejo de Administración, que deberá ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de la Entidad.
— Deberá contemplar un Director, Gerente o equivalente, que será **titular del máximo órgano de dirección**. Deberá ser funcionario de carrera, o laboral de las Administraciones Públicas o un profesional del sector privado, titulado superior en ambos casos y con más de 5 años de ejercicio profesional en el segundo (sector privado).

Evidentemente, los Estatutos pueden contemplar otros órganos, por ejemplo consultivos o de participación social del sector, así como particularidades orgánicas, siempre que no sean contrarias a derecho.

2. **Las funciones y competencias de la Entidad, con indicación expresa de las potestades administrativas generales que ésta pueda ejercitar, y la determinación de los órganos a los que se confiere el ejercicio de las mismas.**

3. **El patrimonio que se le asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar la Entidad.**

4. **El régimen relativo a Recursos Humanos, Patrimonio y Contratación.**

   El Órgano, al tener personalidad jurídica, aunque sea instrumental, puede contratar y disponer de personal, no solo adscrito sino también propio. Pero no puede hacerlo sin que los Estatutos contemplen el régimen aplicable, teniendo en cuenta las leyes y, muy particularmente, lo dispuesto sobre **controles**.

5. **El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de intervención, el control financiero y el control de eficiencia, que serán en todo caso conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el Capítulo III del Título X de la LBRL.**

   Este último inciso es de aplicación a los Municipios del régimen de gran población (Título X), pero además deberán tenerse

muy en cuenta todas las disposiciones sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como las reglas sobre reordenación y control económico-financiero del sector público instrumental local.

CUADRO 1.4
MODELO DE ESTATUTOS DE UNA EPEL
PARA LA GESTIÓN DEL CICLO DEL AGUA

TÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Denominación y fundamento.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se configura como una Entidad Pública Empresarial Local del Ayuntamiento de ....., constituida para la gestión directa de servicios públicos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 85.2. A, c) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

La Entidad pública empresarial se crea en virtud de acuerdo plenario del día ....., y durará en tanto el Pleno del Ayuntamiento no decida su extinción, correspondiendo al Ayuntamiento de ..... su sucesión universal en caso de supresión o disolución de la Entidad.

Artículo 2. Personalidad Jurídica y adscripción.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.», constituida en ejercicio de su potestad de auto organización, en régimen de descentralización, con personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar, y con autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» es una entidad de Derecho Público que se rige por el Derecho privado, excepto en los siguientes aspectos:

- Reglas para la formación de la voluntad de sus órganos.
- Reglas que rijan el ejercicio de las potestades administrativas que tenga atribuidas.
- En los aspectos específicamente regulados para este tipo de entidades en la Ley 40/2015, de 01 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

Con carácter enunciativo y no limitativo, puede adquirir, conservar, poseer, administrar, disponer, enajenar, permutar y gravar bienes de todas clases, celebrar todo género de actos y contratos, concertar operaciones crediticias, obligarse, renunciar y transigir bienes y derechos, así como promover, oponerse, seguir y desistir en toda clase de procedimientos, ejercitar libremente acciones y excepciones ante Juzgados y Tribunales de Justicia, ordinarios y especiales, organismos y dependencias de las Administraciones Públicas y demás Corporaciones y Entidades, contratar y ejecutar obras, contratar y realizar servicios y suministros, aceptar herencias, legados y donaciones, obtener subvenciones, auxilios y otras ayudas de Entidades Públicas y particulares, y participar en otras Empresas, Sociedades o Entes de cualquier clase.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se encuentra adscrita a la Concejalía que tenga atribuidas las competencias sobre el ciclo integral del agua y estará sometida a un control de eficacia por parte de ésta, conforme dispone el artículo 85 bis.1.i) de la de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Artículo 3. Domicilio.

El domicilio de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» radicará en ....., si bien dicho domicilio podrá ser trasladado dentro del propio termino municipal, así como la creación, supresión o traslado de sucursales, agencias o delegaciones, por acuerdo del Consejo de Administración.

Artículo 4. Duración.

La entidad se constituye por tiempo indefinido, correspondiendo al Ayuntamiento su sucesión en caso de disolución.

El inicio de sus operaciones coincidirá con el día de publicación de sus Estatutos, en los términos de la legislación local que resulte aplicable, sin perjuicio de que su concreta materialización se traslade al día 1 del mes siguiente al que dicha circunstancia se produzca.

TÍTULO SEGUNDO: FUNCIONES Y POTESTADES

Artículo 5. Objeto.

Constituye el objeto de la entidad y, por ello, su competencia la gestión directa de los servicios públicos del Ayuntamiento de ....., relativos a la captación, potabilización y abastecimiento de agua potable; recogida, alcantarillado, depuración y vertido de aguas residuales y pluviales o en su caso la reutilización de las mismas una vez depuradas; fabricación, comercialización, tratamiento y/o gestión de residuos, productos y subproductos que se obtengan de la explotación de los servicios públicos; así como la gestión, disposición y valorización de los lodos de depuración, además de la implementación y gestión integral de procesos de co-digestión anaerobia de fangos y residuos biometanizables. También tendrá por objeto la realización de todas las actividades accesorias, complementarias y derivadas de los servicios, incluida la producción y comercialización de energía eléctrica, gas, biogás y otros fluidos de carácter energético, derivados del ciclo de aprovechamiento del agua; y, en consecuencia, el control y/o ejecución de toda clase de actuaciones e instalaciones referentes a los servicios citados. En la gestión de dichos servicios públicos, se comprende el cobro de las tarifas y precios públicos o privados que sean aplicables.

Asimismo, forma parte del objeto social el desarrollo, promoción e impulso de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica propios o en cooperación con profesionales, empresas, organizaciones y con universidades y centros de investigación u otras entidades, con el objetivo de generar y difundir conocimiento tecnológico vinculado al funcionamiento urbano.

Tiene como misión general garantizar que se suministre a toda la población de ..... agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente.

Asimismo, podrá prestar servicios o realizar actividades fuera de su ámbito territorial, mediante fórmulas asociativas o de colaboración con otros municipios, organismos, corporaciones y entidades.

Podrá ejecutar las inversiones necesarias para el mantenimiento, reposición o ampliación de la red e instalaciones.

Pondrá a disposición de los ciudadanos toda la información relativa a la calidad y la gestión del agua de manera fácilmente accesible y comprensible.

La actividad contractual de la entidad se someterá a lo dispuesto, en lo que resulte de aplicación, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y a cualesquiera otras normas que resulten aplicables.

Artículo 6. Potestades Administrativas.

1. Dentro del ámbito de sus funciones, la entidad gozará de las potestades/atribuciones administrativas siguientes:

    a. El otorgamiento, gestión, control y retirada de todo tipo de permisos, licencias, concesiones y ayudas, en los términos de las Ordenanzas municipales vigentes y regulación básica que pudiera establecer el Ayuntamiento de ..... y de la propia Entidad, dictada en el ejercicio de las potestades reglamentarias conferidas por aquél.

    b. Ejecución subsidiaria de operaciones en la red en defecto de actuación de los obligados a ejecutarlas, cuando su inactividad pudieran interferir en el correcto servicio público.

    c. La potestad disciplinaria respecto del personal funcionario, salvo la separación definitiva del servicio.

    d. La potestad de auto-organización, dentro del marco de estos Estatutos y de las directrices municipales.

    e. La potestad reglamentaria en relación con los servicios públicos que gestiona, sin perjuicio de la regulación básica que pudiera establecer el Ayuntamiento, así como la potestad reglamentaria en relación con la organización de la entidad, sus recursos humanos y las condiciones laborales de los mismos, salvo los términos especificados en los propios estatutos.

    f. La investigación, deslinde y recuperación de oficio de los bienes propios y adscritos.

    g. Las de presunción de legitimidad y de ejecutividad, de ejecución forzosa y de revisión de oficio de sus actos administrativos.

    h. La inembargabilidad de sus bienes y derechos y los de prelación, de preferencia y otras prerrogativas, en los términos establecidos en las leyes.

    i. La potestad que fuera precisa para el ejercicio de las competencias a las que se refiere las funciones del Presidente, Consejo de Administración y Gerente, recogidas en el presente estatuto.

    j. La tramitación y resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de la misma.

    k. Cualquier otra potestad administrativa que la normativa vigente atribuyese específicamente a las Entidades Públicas Empresariales...

2. Estas potestades serán ejercidas por los órganos de la entidad a los que se atribuyen en los presentes Estatutos, y en defecto de atribución expresa, al Consejo de Administración.

TÍTULO TERCERO: LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ENTE PÚBLICO

Artículo 7. Órganos.

Los órganos de gobierno y administración de la entidad pública empresarial son los siguientes:

- Consejo de Administración
- Presidente
- Vicepresidente o vicepresidentes
- Gerente

TÍTULO CUARTO: DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Artículo 8. Composición.

El Consejo de Administración está integrado por los consejeros, cuyo número máximo será de quince.

El Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la entidad, conforme a las normas estatutarias y a los preceptos de la normativa aplicable, sin perjuicio de los reservados al gerente.

Los consejeros serán designados por el Pleno del Ayuntamiento de ....., de la siguiente forma:

- Cinco miembros de la Corporación, uno a propuesta de cada grupo político con representación en el Ayuntamiento, entre los que se encontrará el concejal que tenga la competencia sobre el ciclo integral del agua. En el caso de que hubiera menos de cinco grupos políticos, los consejeros que excedan del número de grupos existentes hasta cinco, se elegirán por mayoría simple del Pleno. Si fueran más de cinco grupos políticos, solo los cinco con más representación podrán proponer miembros al Consejo de Administración.
- Dos del comité de empresa, elegidos entre los procedentes de dos centrales sindicales representadas en dicho comité.
- Un representante propuesto por la Cámara de Comercio e Industria.
- Dos representantes propuestos por las asociaciones de vecinos.
- Dos técnicos de la propia entidad.
- Tres técnicos municipales.

Artículo 9. Duración.

El cargo de consejero tendrá una duración máxima de cuatro años y es renunciable, revocable y reelegible.

Los consejeros pueden ser removidos por el Pleno en cualquier momento, cuando así resultare procedente y cesarán automáticamente cuando pierdan la representación o condición que ostentan.

El Pleno procederá a cubrir las vacantes que puedan producirse en el Consejo de Administración.

Artículo 10. Secretaría y convocatorias.

El Consejo de Administración nombrará como secretario al Secretario General de la Corporación municipal o funcionario en quien delegue al que se haya exigido para su ingreso titulación superior. El secretario ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de la entidad y demás facultades previstas para los secretarios de los Órganos Colegiados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El Consejo celebrará sesión ordinaria por lo menos una vez al trimestre y extraordinaria siempre que lo convoque el Presidente o lo soliciten al menos tres consejeros.

Las sesiones tendrán lugar en el domicilio social o donde acuerde el Consejo.

Las convocatorias firmadas por el secretario de orden del Presidente, deberán contener el orden del día y llegar a poder de cada consejero con dos días naturales de antelación, salvo cuando se trate de sesiones extraordinarias o urgentes que no quedan sujetas a plazo alguno.

Artículo 11. Acuerdos.

Para la celebración de las sesiones del Consejo de Administración se exigirá el quórum de asistencia requerido por la legislación vigente.

Los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría simple de los votos de los consejeros concurrentes a la sesión, decidiendo los empates el Presidente con voto de calidad y serán inmediatamente ejecutivos.

Artículo 12. Atribuciones.

El Consejo de Administración, como órgano encargado del gobierno y de la dirección superior del servicio, determina las líneas generales de actuación, y ostenta las siguientes atribuciones y potestades:

1. Aprobar las normas de régimen interior y los reglamentos de funcionamiento de los diferentes servicios y establecimientos de cuya gestión esté encargada la entidad.
2. Utilizar los bienes y derechos adscritos a la entidad pública empresarial local y disponer las obras necesarias para su ampliación, mejora, conservación, entretenimiento y reparación. Solicitar préstamos y créditos, cumpliendo los requisitos establecidos por la normativa vigente y con la autorización del Ayuntamiento.
3. Realizar gastos hasta el límite de 600.000 euros y recabar la autorización de la Junta de Gobierno Local para la realización de gastos de cuantía superior.
4. Otorgar representaciones y delegaciones para cometidos propios del régimen y administración de los servicios encomendados.
5. Aprobar y remitir al Ayuntamiento, antes del 1 de septiembre, las previsiones de estados e ingresos, y los programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente.

6. Formar las plantillas de personal con fijación de los haberes y demás condiciones de empleo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
7. Despedir al personal laboral de la EPEL.
8. Ejercitar las acciones jurídicas necesarias para la defensa de los bienes, derechos, intereses y atribuciones a que hubiere lugar en materias de su competencia.
9. Formar, mantener y remitir anualmente a la concejalía a la que esté adscrito el inventario de los bienes y derechos a disposición de la entidad pública empresarial y de los adquiridos por ésta.
10. Aprobar cualquier traslado de domicilio dentro del propio municipio en lo que se refiere a la sede física de la entidad pública empresarial.
11. Nombrar y cesar al gerente.
12. Aprobar las bases de actuación, planes, programas y proyectos para el desarrollo de sus actividades.
13. Creación de órganos complementarios dentro de la entidad pública empresarial para la realización de estudios, informes u otras funciones.
14. Determinación de los recursos humanos que se destinarán a cada competencia.
15. La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» cuya cuantía sea superior a 50.000€.
16. Ejercerá las potestades administrativas a que se refiere el artículo 6 de los presentes estatutos, en defecto de atribución expresa a otros Órganos.

Todas las competencias se ejercerán con respeto a las facultades de intervención establecidas en estos estatutos y en la legislación vigente.

TÍTULO QUINTO: DEL PRESIDENTE, VICEPRESIDENTES Y GERENTE

Artículo 13. Nombramiento y atribuciones del Presidente y Vicepresidentes.

1. El Presidente del Consejo de Administración será el concejal que tenga atribuida la competencia sobre el ciclo integral del agua, en virtud de los acuerdos de delegación municipal. Ostentará la representación de la entidad, la Presidencia del Consejo de Administración y demás facultades previstas para los presidentes de los Órganos Colegiados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y podrá adjudicar contratos y comprometer gastos.
2. El Consejo podrá nombrar vicepresidentes, hasta un máximo de dos. Sus funciones serán las que les delegue el Presidente y en todo caso, las de sustituirle en los supuestos de ausencia, enfermedad y demás, por el orden que se establezca.
3. Ejercerá las siguientes potestades administrativas:
    a. El otorgamiento, gestión, control y retirada de todo tipo de permisos, licencias, concesiones y ayudas, en los términos de las Ordenanzas municipales vigentes y regulación básica que pudiera establecer el Ayuntamiento y de la propia Entidad, dictada en el ejercicio de las potestades reglamentarias conferidas por aquél.

b. Realizar las actuaciones de gestión, liquidación y recaudación derivadas de la ordenanza local de la prestación patrimonial de carácter público no tributario de los servicios municipales del ciclo integral del agua, en los términos establecidos en las leyes, sin perjuicio de las delegaciones que procedan en la Gerencia.

c. Ejecución subsidiaria de operaciones en la red en defecto de actuación de los obligados a ejecutarlas, cuando su inactividad pudieran interferir en el correcto servicio público.

d. La investigación, deslinde y recuperación de oficio de los bienes propios y adscritos.

e. La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» cuya cuantía sea de 10.001 a 50.000€.

f. Las de presunción de legitimidad y de ejecutividad, de ejecución forzosa y de revisión de oficio de sus actos administrativos.

Del Gerente

Artículo 14. Nombramiento del Gerente.

El Consejo de Administración nombrará por el período que se convenga y separará al Gerente, que tendrá la consideración de órgano directivo, a propuesta de su Presidente. El nombramiento deberá recaer en funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo.

En caso de ausencia o enfermedad, sus funciones podrá desarrollarlas un miembro del Consejo de Administración, por acuerdo de éste.

Artículo 15. Funciones del Gerente.

La Gerencia es un órgano ejecutivo al que corresponden las funciones de gestión, administración y dirección, propias de la gerencia y a través del cual se hacen efectivos los acuerdos del Consejo.

Serán funciones del Gerente:

a. Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo.

b. Dirigir, inspeccionar los servicios y responsabilizarse personalmente de los servicios dependientes de la Entidad.

c. Representar administrativamente a la entidad pública empresarial.

d. Adjudicar contratos y comprometer gastos hasta el límite de 40.000 €.

e. Ordenar todos los pagos que tengan consignación expresa, abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes o a la vista.

f. Asistir a las sesiones del Consejo con voz y sin voto.

g. Controlar las operaciones de ingresos y gastos, preparar los presupuestos, cuentas, balances e inventarios y dirigir la contabilidad. Formular las cuentas anuales.

h. Ejercer la jefatura ordinaria de los establecimientos y de todo el personal adscrito a la entidad.

i. Informar al Consejo y a la concejalía a la que se encuentra adscrita la EPE del estado de la gestión de los servicios, de la situación económica y de las previsiones que en uno u otro sentido hayan de tenerse en cuenta.

j. Ordenar la elaboración de propuestas de reglamentos o normas de funcionamiento y régimen interior de la entidad.

k. Confeccionar bases de actuación, planes y programas de actividades y cuantas iniciativas contribuyan al mejor cumplimiento de los fines de la entidad.

l. En caso urgente o peligro inminente de daño grave o irreparable para el servicio público, podrá llevar a cabo, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueran necesarios dando cuenta inmediatamente al Presidente y al Consejo de Administración en la primera reunión, que éste celebre.

m. Las demás que el Consejo de Administración le confiera a cuyo efecto podrá otorgarle poderes de factor mercantil con el contenido y plazo que se acuerde.

Ejercerá las siguientes potestades administrativas:

- Potestad de gestión y liquidación de los ingresos de derecho público atribuidos al Ente, en los términos establecidos en las leyes.
- Potestad disciplinaria sobre el personal funcionario adscrito, salvo la separación definitiva del servicio respecto de la cual le corresponderá la elevación de propuesta al Consejo de Administración, para su remisión definitiva al órgano municipal competente.
- La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» cuya cuantía no exceda de 10.000€ o sea indeterminada.

TÍTULO SEXTO: PATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO Y RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

Artículo 16. Recursos económicos de la Entidad Pública Empresarial «Agua de Valladolid E.P.E.».

1. Los recursos económicos de la entidad pública empresarial «Gestión del agua E.P.E.» estarán integrados por:
   - Los ingresos ordinarios y extraordinarios que como consecuencia del cumplimiento de su misión se generen. Se financiará mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas
   - Los bienes y derechos que constituyen su patrimonio.
   - Las rentas y productos que generen los bienes y valores que constituyen el patrimonio de la entidad.
   - Las subvenciones o aportaciones voluntarias de entidades e instituciones públicas o privadas, así como de particulares.

- Los créditos, préstamos y demás operaciones financieras que concierte.
- Cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido.

Los ingresos que se obtengan se destinarán a cubrir los gastos totales de la entidad, incluyendo los de conservación del patrimonio, pago de los medios materiales y personales, inversiones, intereses y amortizaciones.

La gestión y administración de sus bienes y derechos propios, así como de aquellos del patrimonio de la administración que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

Artículo 17. Presupuesto. Contabilidad.

1. Presupuesto.

   La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» elaborará anualmente sus presupuestos estimativos de explotación y de capital, que detallarán los recursos y dotaciones previstos, con el contenido y forma que establezca en cada momento la normativa en materia de régimen local.

   Los presupuestos de explotación y de capital estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del estado de flujos de efectivo del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad, así como la documentación complementaria que determine el Ayuntamiento, entre la que estará, necesariamente, la plantilla de personal, con el detalle de las retribuciones previstas.

   La entidad remitirá los estados financieros señalados en el apartado anterior referidos, además de al ejercicio relativo al proyecto de Presupuesto General del Ayuntamiento, a la liquidación del último ejercicio cerrado y al avance de la liquidación del ejercicio corriente.

2. Programa de actuación plurianual.

   La entidad formulará, asimismo, anualmente un programa de actuación plurianual.

   El programa de actuación plurianual estará integrado por los estados financieros determinados en el artículo anterior y, junto con la documentación indicada en el apartado siguiente, reflejará los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuesto General del Ayuntamiento y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivos definidos para la entidad.

   El programa de actuación plurianual se acompañará de la información de carácter complementario siguiente:

   - Hipótesis de la evolución de los principales indicadores macroeconómicos que hayan servido de base para la elaboración de los programas de actuación plurianual.
   - Premisas principales del planteamiento que conforme las líneas estratégicas de la entidad.
   - Previsiones plurianuales de los objetivos a alcanzar.
   - Memoria de las principales actuaciones de la entidad.
   - Programa de inversiones.

- Plan financiero del período que cuantificará los recursos y las fuentes externas de financiación.
- La restante documentación que determine la Junta de Gobierno Local.

3. Modificaciones presupuestarias.

La entidad pública empresarial dirigirá su funcionamiento a la consecución de los objetivos emanados de los planteamientos reflejados en sus presupuestos de explotación y capital y en sus programas de actuación plurianual.

Las autorizaciones para la modificación de sus presupuestos de explotación y capital se ajustarán a lo siguiente:

- Si la variación afectase a las aportaciones municipales recogidas en los Presupuestos, la competencia corresponderá a la autoridad que la tuviera atribuida respecto de los correspondientes créditos presupuestarios.
- Si las variaciones afectasen al volumen de endeudamiento a largo plazo será competencia de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, previo informe de la intervención municipal.
- En los demás casos, la competencia le corresponderá al Presidente, dando cuenta al Consejo en la siguiente sesión del mismo que se celebre.

4. Régimen presupuestario y de contabilidad.

A la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se le aplicará el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria para las Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de que, a criterio de la intervención municipal se pueda exigir que, junto a la contabilidad financiera, se implante la contabilidad analítica o de costes.

Las cuentas anuales serán sometidas al Consejo de Administración para su aprobación y elevación al Ayuntamiento. Su rendición se efectuará por el Consejo de Administración de la entidad dentro de los plazos y términos establecidos por la normativa reguladora de las Haciendas Locales.

5. Régimen de Control.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» deberá aportar a la Intervención General del Ayuntamiento toda la documentación que sea preciso para el cumplimiento de la Orden HAP 2105/2012, de 1 de octubre, Obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica de Equilibrio Presupuestario. Así mismo, queda facultada la Intervención General para dictar instrucciones precisas a fin de hacer efectivo el cumplimiento de estas obligaciones.

Bajo la supervisión de la Intervención General Municipal estará sujeta a auditoría de cuentas, con los siguientes objetivos:

- **Auditoría financiera**: al objeto de comprobar si las cuentas ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad o entidad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

- **Auditoría de cumplimiento**, a fin de comprobar:
  - Cumplimiento del presupuesto y programas anuales y análisis de desviaciones
  - Adecuación de los gastos a los fines estatutarios del organismo
  - Adecuación de los gastos e ingresos a los presupuestos y programas de actuación
  - Adecuación de las retribuciones y contratación de personal a la limitación establecida por la Ley de Presupuestos Generales para el año en curso. Y cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia y procedimiento de contratación establecidos por el Estatuto Básico del Empleado Público.
  - Adecuación de la contratación de obras, servicios y suministros y contratación en general, incluida la enajenación y aprovechamiento del patrimonio a la normativa vigente.

Artículo 18. Patrimonio.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» tendrá, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que sean de su titularidad, sin perjuicio del patrimonio adscrito, para su administración, proveniente del Ayuntamiento.

La entidad destinará permanentemente los bienes que le adscriba el Ayuntamiento al fin que motivó la adscripción, y en la forma y con las condiciones que se hubieran establecido en el acuerdo de adscripción, que podrán ser objeto de modificación por el órgano municipal competente. Estos bienes adscritos tendrán la condición de demaniales. La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» ejerce 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.

Los bienes propios son los que adquiera directamente la entidad pública empresarial por cualquiera de los modos previstos por el ordenamiento jurídico. Tendrán el carácter de demaniales, salvo que la entidad pública empresarial los destine a una actividad distinta al servicio público de su competencia.

La gestión y administración de sus bienes y derechos propios, así como de aquellos del Patrimonio de la Administración que se le adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» formará y mantendrá actualizado su inventario de bienes y derechos, tanto propios como adscritos, con excepción de los de carácter fungible. El inventario deberá, actualizarse anualmente con referencia a 31 de diciembre y remitirse a la concejalía a la que esté adscrito.

En el caso de disolución de la entidad, los activos remanentes tras el pago de las obligaciones pendientes, se incorporarán al patrimonio del Ayuntamiento.

Artículo 19. Contratación.

Los contratos que celebre la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se regirán por la legislación vigente en materia de contratación administrativa.

Artículo 20. Personal de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.».

1. Para el cumplimiento de sus fines la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» dispondrá del siguiente personal:

   a. Personal propio a su servicio.

   b. Personal al servicio del Ayuntamiento, adscrito a la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.», en la modalidad que proceda.

2. El personal propio al servicio de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se regirá, en su régimen jurídico y en su contratación, por las normas del Derecho laboral, conforme a lo establecido en el artículo 106 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

   El personal funcionario adscrito a la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» se regirá por lo establecido en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y demás disposiciones normativas que resulten de aplicación a la Función Pública Local.

3. El personal propio al servicio de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» será seleccionado mediante convocatorias públicas que, en todo caso, respetarán los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad, concurrencia y transparencia.

4. La determinación y modificación de las condiciones retributivas del personal al servicio de la Entidad Pública Empresarial «Gestión del agua E.P.E.» requerirá el informe previo y favorable de la Junta de Gobierno Local conforme lo establecido en el art 85. Bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En todo caso, serán de aplicación a la Entidad las disposiciones de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado por las que se establezcan límites al incremento retributivo, a la incorporación de personal de nuevo ingreso y a la contratación temporal.

TÍTULO SEPTIMO: RÉGIMEN JURÍDICO

Artículo 21. Régimen Jurídico.

Los acuerdos de los órganos de gobierno de la entidad pública empresarial son ejecutivos y no necesitan de la ratificación del Ayuntamiento, salvo los casos en que expresamente lo determinen estos estatutos o esté legalmente preceptuado.

El régimen de impugnación de los actos es el siguiente:

a. Los actos dictados por el Consejo de Administración en el ejercicio de potestades administrativas ponen fin a la vía administrativa. Contra los mismos podrá interponerse, con carácter previo al recurso contencioso-administrativo, el recurso potestativo de reposición en los términos y plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo. Los actos en materia económica serán recurribles según su régimen específico de impugnación.

b. Los actos dictados por el Presidente de la entidad en el ejercicio de potestades administrativas ponen fin a la vía administrativa. Contra los mismos podrá interponerse, con carácter previo al recurso contencioso-administrativo, el recurso potestativo de reposición en los términos y plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

c. Los actos del Gerente dictados en el ejercicio de potestades administrativas ponen fin a la vía administrativa. Contra los mismos podrá interponerse ante el órgano que los dictó el recurso potestativo de reposición, previo al contencioso administrativo, en los términos y plazos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y resolución de los recursos judiciales en relación con la actividad general.

TÍTULO OCTAVO: CONTROL DEL AYUNTAMIENTO

Artículo 22. Facultades de Tutela.

El Ayuntamiento conservará de oficio las facultades de constitución, organización, modificación y supresión de la entidad cuando lo estime conveniente, quedando diferidas al conocimiento de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones que se susciten con motivo del ejercicio de estas facultades.

La función tuitiva de la entidad es ejercida por el Ayuntamiento, quien la realiza mediante los órganos competentes.

Las facultades tutelares comprenden:

a. Aprobar el estado de previsión de gastos e ingresos anual de la entidad. Aprobar las operaciones de préstamo y crédito.

b. Aprobar las operaciones de préstamo y crédito a largo plazo.

c. Autorizar la celebración de contratos de cuantía superior a las cantidades fijadas por los estatutos.

d. Aprobar y modificar estos estatutos.

e. La alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.

f. Cualquier otro supuesto previsto en estos estatutos, y explícita o implícitamente por la normativa aplicable en la materia, en especial para la gestión compartida con el Ayuntamiento de servicios comunes que determine una mayor eficiencia del servicio público.

El Ayuntamiento, en casos extraordinarios, mediante acuerdo plenario motivado, podrá administrar directamente la entidad pública empresarial por medio de sus funcionarios, en régimen temporal de tutela cuando existieren causas que por su gravedad motivaren dicha actuación. El régimen excepcional de administración directa se mantendrá únicamente por el tiempo estrictamente necesario para regularizar la situación, y cesará cuando desaparezcan las causas que lo motivaron.

TÍTULO NOVENO: MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN

Artículo 23. Modificación.

La modificación de los estatutos requiere la aprobación del Ayuntamiento, sea a propuesta del Consejo de Administración de la entidad o por iniciativa del mismo Ayuntamiento, y se ajustará a los mismos trámites que para su aprobación.

Artículo 24. Disolución.

La supresión o disolución de la entidad tendrá lugar:

1. Por disposición del Ayuntamiento.
2. Por mandato legal o resolución firme de autoridad o Tribunal competente.
3. Por cumplimiento o realización total del objeto para el que se constituye.
4. Por imposibilidad material de aplicar los medios adecuados a la consecución de sus fines.

Una vez disuelta la entidad, el Ayuntamiento decidirá sobre la situación del personal y acordara lo procedente sobre la reversión de los bienes que constituyen su patrimonio.

El acuerdo de disolución no tendrá efecto hasta que la Corporación municipal no haya establecido la formula ulterior de gestión de los proyectos que puedan quedar pendientes para que su ejecución quede debidamente atendida.

TÍTULO DÉCIMO PRIMERO: DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 25. Legislación Supletoria.

La entidad pública empresarial se regirá por los presentes Estatutos, y en lo no previsto en los mismos, supletoriamente, por el Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración del Ayuntamiento, por la legislación de régimen local y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto le sea de aplicación, y por la normativa complementaria.

Artículo 26. Entrada en vigor.

Los presentes Estatutos, una vez aprobados definitivamente, entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

Artículo 27. Régimen aplicable a los órganos de gobierno en funciones.

Tras la celebración de las correspondientes elecciones locales y hasta el nombramiento de los nuevos órganos de gobierno, el Consejo de Administración, el Presidente y el Vicepresidente ejercerán su actividad en funciones, limitándose al despacho ordinario de los asuntos de conformidad con lo establecido en las Leyes.

La aprobación de los Estatutos: órgano competente y procedimiento

La LBRL nos dice al respecto **dos cosas:**

- La creación, modificación, refundición y supresión corresponden al **Pleno** de la Entidad Local, quién **aprobará sus Estatutos.**
- Los Estatutos deben ser **aprobados y publicados con carácter previo** a la entrada en funcionamiento efectivo de la EPEL.

El órgano competente es el Ayuntamiento Pleno, quién deberá adoptar un acuerdo doble:

- Acuerdo de creación de la Entidad.
- Aprobación de los Estatutos.

En una misma sesión, de forma simultánea, ya que uno no tiene virtualidad sin el otro.

Nada nos dice acerca del **procedimiento** de aprobación, y el problema que se suscita es dilucidar si debemos seguir el **procedimiento establecido en el artículo 49 de la LBRL** para la aprobación de las Ordenanzas, Reglamentos o normas similares en general.

Tanto doctrinalmente como en la práctica existen opiniones y actuaciones en sentido afirmativo y en sentido negativo.

Ciertamente, los Estatutos **tienen carácter normativo**, lo que avalaría de inicio la opción de seguir el procedimiento señalado, con **información pública**, etc... Quienes defendían esta posición no tenían en cuenta que ese carácter normativo **no significaba que fueran una norma de regulación. Los Estatutos, en principio, son norma interna organizativa**, que no impone prescripciones obligatorias a ciudadanos ni a empresas. **No son regulación en sentido estricto**.

Claro que antes estas cuestiones no estaban claras en la legislación española, y menos aún en el régimen local. Pero **el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vino a clarificar la cuestión.**

El Artículo 133 dispone:

> Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas en el caso de normas presupuestarias u **organizativas** de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, **la Administración Local** o de los órganos dependientes o vinculados a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen.
>
> Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los particulares o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta popular previa. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquélla.

La posibilidad de «prescindir de los trámites de consulta, audiencia e información pública», es decir de la participación ciudadana en el proceso, es compleja.

De los tres supuestos que contempla la norma:

- normas presupuestarias,
- normas organizativas internas de la Administración Local, entre otras,
- cuando concurran razones **graves** de interés público que lo justifiquen, en las Entidades Locales solo podemos atender a la segunda: **los Reglamentos internos de organización.** Las normas presupuestarias, por ejemplo, las bases de ejecución, tienen su propia publicidad, participación y reclamaciones especialmente tasadas en la normativa de régimen local, que es preferente, como hemos explicado. Los supuestos de **graves razones** parecen aludir a la seguridad nacional, etc.

En los «**Reglamentos internos organizativos**», ¿podría prescindirse del trámite de información pública del Artículo 49. b) de la LBRL? En principio, diríamos que sí, atendiendo a la letra y al espíritu o **finalidad** de la norma.

En cuanto a la letra, el Artículo 49 se refiere tan solo a las Ordenanzas. Pero no es algo casual, porque el muy importante Artículo 84 nos dice que las Entidades Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) **Ordenanzas** y bandos. Tampoco menciona los Reglamentos. Los Artículos 139 a 141 también se refieren a Ordenanzas, y no a los Reglamentos. El Artículo 22.2. d) atribuye al Pleno la competencia para aprobar «el Reglamento orgánico y las Ordenanzas». Tampoco menciona los Reglamentos que no sean orgánicos.

Todo ello tiene mucho que ver con la finalidad de la norma. **Las Ordenanzas** son normas locales que **intervienen** la actividad de los particulares, que imponen normas de mandato o prohibición a ciudadanos y empresas. **Son regulación *ad extra,* normas de regulación social.** En ellas es **imprescindible** la participación de los ciudadanos, para hacer valer sus derechos e intereses legítimos. Si la norma es **estrictamente** interna, sin repercusión en la sociedad, la cuestión es completamente diferente. Los Reglamentos internos ordinarios no son regulación, conforme a la definición antes expuesta, ya que no imponen mandatos ni prohibiciones a ciudadanos ni a empresas.

La distinción entre Ordenanzas y Reglamentos locales no es nítida y ha estado siempre sujeta a controversias. La doctrina considera —y así suele ser en la práctica—, que los Reglamentos son normas *ad intra* y las Ordenanzas son normas *ad extra*. Pero existen excepciones. Lo importante será, no la denominación, sino la naturaleza de la norma.

Las Ordenanzas de policía y buen gobierno o las Ordenanzas Generales de Ciudad conformaron en su día el tronco común de la inter-

vención municipal en la actividad de los ciudadanos, y de ellas se fueron desgajando las Ordenanzas reguladoras de muy diversos sectores de actividad. La legislación sectorial propició la disgregación. A las Ordenanzas urbanísticas y de edificación se unieron las de circulación y tráfico, seguridad, medio ambiente, convivencia ciudadana…. Por otra parte, tenemos las Ordenanzas fiscales, singularizadas por la materia y aspectos procedimentales en su aprobación. La denominación de Ordenanza se reserva para las normas dictadas en el ejercicio de «funciones de policía» y fiscales. Pero la de Reglamento se usaba no solo para normas dictadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización, sino también para la regulación de los servicios públicos. En materia de servicios se usan los dos instrumentos, porque se mezclan contenidos de relaciones de sujeción especial, que pueden considerarse internos, con otros que afectan a los ciudadanos en general. Para delimitar claramente la cuestión, el término «Ordenanza» se debe utilizar en los servicios regulados o reglamentados, mientras que el término «Reglamento» del servicio se ocupará de los servicios públicos *estrictu sensu*. No obstante, en la reglamentación del servicio existen aspectos de regulación que afectan al acceso a las prestaciones, es decir a la ciudadanía.

Por todo ello, y más allá de la denominación de ordenanza o reglamento, debemos acotar el término «**Reglamentos internos organizativos**» como aquellas normas de régimen interno sin repercusión reguladora a la ciudadanía. En ellas **se podrá prescindir del trámite de información pública.**

Los Estatutos son normas internas organizativas a las que habrán de aplicarse los argumentos expuestos, llegando a la conclusión de que el procedimiento de aprobación no debe seguir los trámites del Artículo 49 de la LBRL.

La adscripción y sus efectos

> Las Empresas Públicas Empresariales Locales deben necesariamente quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la Entidad Local matriz, Artículo 85 bis. 1. a) de la LBRL.

Los Estatutos tienen que concretar esta adscripción y establecer las consecuencias a efectos de la misma. Es decir, no es una cuestión nominal, tienen que explicitarse una serie de reglas y controles por parte de la Concejalía o Área sobre la EPEL. La propia Ley nos establece algunos, con carácter de mínimos:

> La EPEL estará sometida a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por la correspondiente Concejalía, Áreas u órgano equivalente de la Entidad Local.

Los Estatutos deben definir este tipo de controles con claridad. No pueden limitarse a reproducir este párrafo de la Ley. A partir de ahí, las Concejalías o Áreas tendrán que elaborar un plan de control concreto y específico, como dice la Ley.

> Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la Concejalía, Área u órgano equivalente de la Entidad Local.

Se entiende que se remite para que se efectúe un seguimiento y control sobre el mismo.

> Será necesaria la autorización de la Concejalía, Área u organismo equivalente de la Entidad Local a la que se encuentre adscrita para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas.

Este precepto no exige que los Estatutos fijen la cantidad a partir de la cual se necesita la autorización. Sin embargo, creo que es una buena práctica fijarla con carácter general. Mejor que dejarlo en manos de la Concejalía.

> Estará sometida a un control de eficacia por la Concejalía, Área u órgano equivalente de la Entidad Local a la que esté adscrita.

Estos controles tienen que ser efectivos, mediante un programa que fije indicadores y estándares de eficacia y/o calidad del o los servicios encomendados. A nuestro entender, los Estatutos deberían fijar los criterios básicos de control, y no limitarse a reproducir la ley. Para fijar estos criterios, pueden seguir lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 40/2015, para las Entidades integrantes del sector público instrumental estatal: «Control de eficacia y supervisión continua».

1.5.3.4. Sociedad Mercantil Local cuyo capital sea de titularidad pública

La última opción enunciada por el Artículo 85.2 de la LBRL, la «Sociedad mercantil local cuyo capital sea íntegramente público», implica la utilización por una Administración, para realizar su fin esencialmente público, de un instrumento privado: una sociedad mercantil.

Por ello, nos dice la Ley:

> Las **sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado**, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.
>
> Artículo 85 bis.1 de la LBRL

Tienen que adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

En la escritura de constitución constará el capital que sea aportado por Administraciones Públicas o por las entidades dependientes de las mismas a las que corresponda la titularidad.

Los Estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

En la normativa, actual, la Sociedad Mercantil Local no tiene por qué ser una sociedad de socio único. Por lo mismo, el Ayuntamiento Pleno no tiene por qué ser la Junta General, como decía el RSCL. Sin embargo, lo más frecuente sigue siendo una sociedad de socio único y el Pleno como Junta General, al ser el capital de una Entidad Local en exclusiva.

La constitución de la sociedad se efectúa conforme a la normativa mercantil, pero previamente, el Pleno debe adoptar la decisión de elegir esta modalidad o forma de gestión y aprobar los Estatutos. Sobre el procedimiento, vale lo dicho al respecto en el apartado de la entidad pública empresarial.

En este sentido, debemos tener presente lo establecido para los Organismos Autónomos y considerar las disposiciones del Artículo 114 de la Ley 40/2015, sobre las condiciones exigidas para la creación de las sociedades mercantiles estatales.

La propuesta de Estatutos (véase cuadro 1.5) debe ir acompañada de un **plan de actuación**, que contendrá, al menos:

a) Las razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades. A estos efectos, deberá dejarse constancia del análisis realizado sobre la existencia de órganos o entidades que desarrollan actividades análogas sobre el mismo territorio y población y las razones por las que la

creación de la nueva sociedad no entraña duplicidad con entidades existentes.

b) Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado.

c) Los objetivos anuales y los indicadores para medirlos.

CUADRO 1.5
MODELO DE ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL PARA LA GESTIÓN DEL CICLO DEL AGUA

TÍTULO I. DE LA DOCUMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD. OBJETO SOCIAL. DURACIÓN DE LA SOCIEDAD

Fecha en que dará comienzo a sus operaciones .....

Domicilio social .....

Artículo 1.

Bajo la denominación de «.....» queda constituida la Sociedad Municipal, en forma de Sociedad Anónima, cuyo capital pertenece íntegramente al Excmo. Ayuntamiento de ....., de conformidad con lo establecido en la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, y demás normas administrativas aplicables a esta clase de Sociedades Municipales, así como en lo que es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y demás legislación reguladora de dichas Sociedades. En todo lo no dispuesto en estos Estatutos se estará a lo dispuesto en las Disposiciones Legales y reglamentaciones citadas en este artículo.

Artículo 2.

1. La Sociedad tendrá como objeto organizar y prestar los servicios públicos del Ayuntamiento de ....., relativos a la captación, potabilización y abastecimiento de agua potable .....
.....

2. Podrá la empresa, en relación con su objeto social, realizar toda clase de operaciones civiles, mercantiles, industriales o financieras sin limitación alguna.

Artículo 3.

La fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de la Sociedad se considerará a todos los efectos, como la de comienzo de sus operaciones. Su duración será indefinida hasta tanto no concurran las circunstancias previstas legalmente para su extinción.

Artículo 4.

El domicilio de la Sociedad se fija en .....

TÍTULO II. DEL CAPITAL SOCIAL

Artículo 5.

El capital social será de ....., dividido en ..... acciones de .....€, numeradas del 1 al ....., nominativas e intransferibles, a favor del Excmo. Ayuntamiento de ....., único propietario de las mismas y estarán representadas mediante único extracto de inscripción.

El capital social se declara desembolsado en su totalidad.

El capital social podrá ser aumentado o disminuido de conformidad con los preceptos de la Ley y de estos Estatutos. Con sujeción a los preceptos legales, la Sociedad podrá, asimismo, emitir obligaciones simples o hipotecarias.

TÍTULO III. DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

Artículo 6.

El Gobierno y Administración de la Sociedad Municipal estará a cargo de los siguientes órganos:

1. El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de ....., que asume las funciones de Junta General.
2. El Consejo de Administración.
3. La Gerencia.

TÍTULO IV. DE LA JUNTA GENERAL

Artículo 7.

La Corporación Municipal en Pleno, constituida en Junta General de la Sociedad funcionará en materia de procedimiento, plazos, convocatoria, forma de deliberar y adopción de acuerdos con arreglo a los preceptos de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y demás disposiciones que rige la materia, aplicándose a lo demás la Ley de Sociedades de Capital.

Son Presidente y Secretario de la Junta, el Alcalde y el Secretario General del Ayuntamiento de ....., respectivamente

Artículo 8.

Corresponden a la Junta General las siguientes facultades:

a) Nombrar a los miembros del Consejo de Administración.

b) Fijar la remuneración de los Consejeros, que consistirá en una dieta por asistencia a las sesiones.

c) Modificar los Estatutos.

d) Aumentar o disminuir el capital.

e) Emitir obligaciones.

f) Aprobar las cuentas anuales.

g) Aprobar las tarifas que hayan de regir en la prestación del servicio.

h) Las demás que la Ley de sociedades de Capital atribuya a la Junta General.

TÍTULO V. DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Artículo 9.

El Consejo de Administración está integrado por los Consejeros, cuyo número máximo será de quince.

Todos los miembros serán designados por la Junta General.

El Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa, conforme a las normas estatutarias y a los preceptos de la normativa mercantil, sin perjuicio de los reservados a la Junta General y al Gerente.

Los Consejeros serán designados por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de ....., en funciones de Junta General, de la siguiente forma:

- Cinco miembros de la corporación, uno a propuesta de cada grupo político con representación en el Ayuntamiento de ..... En el caso de que hubiera menos de cinco grupos políticos, los consejeros que excedan del número de grupos existentes hasta cinco, se elegirán por mayoría simple de la Junta General. Si fueran más de cinco grupos políticos, solo los cinco con más representación podrán proponer miembros al Consejo de Administración.
- Dos del Comité de Empresa, elegidos entre los procedentes de las Centrales Sindicales representadas en dicho Comité.
- Un representante de la Cámara de Comercio e Industria.
- Un representante de las Federaciones de Asociaciones Vecinales
- Tres técnicos de la propia empresa .....
- Tres técnicos municipales.

El cargo de Consejero tendrá una duración máxima de cuatro años y es renunciable, revocable y reelegible.

Los Consejeros pueden ser removidos por la Junta General en cualquier momento, cuando así resultare procedente y perderán automáticamente su condición cuando pierdan la de Concejal.

La Junta General procederá a cubrir las vacantes que puedan producirse en el Consejo de Administración.

Artículo 10.

El Presidente del Consejo de Administración será nombrado de entre sus miembros por la Junta General. Ostentará la presidencia de la Sociedad Anónima Municipal y la representación legal de la misma.

Artículo 11.

La Junta General podrá nombrar vicepresidentes, hasta un máximo de dos. Sus funciones serán las que les delegue el Presidente y en todo caso, las de sustituirle en los supuestos de ausencia, enfermedad y demás, por el orden que se establezca.

El Consejo de Administración nombrará al Secretario del órgano, pudiendo recaer el nombramiento en un funcionario de la Corporación. Podrá designar igualmente un Vicesecretario, que realizará funciones delegadas por el Secretario y le sustituirá cuando proceda.

Las funciones interventoras se ejercerán por el Interventor General del Ayuntamiento o funcionario en quien delegue.

Artículo 12.

El Consejo celebrará sesión ordinaria por lo menos una vez al trimestre y extraordinaria siempre que lo convoque el Presidente o lo soliciten al menos tres Consejeros.

Las sesiones tendrán lugar en el domicilio social o donde acuerde el Consejo.

Las convocatorias firmadas por el Secretario de orden del Presidente, deberán contener el orden del día y llegar a poder de cada Consejero con dos días hábiles de antelación, salvo cuando se trate de sesiones extraordinarias o urgentes que no quedan sujetas a plazo alguno. Las comunicaciones deberán hacerse por medios electrónicos, para lo cual, cada Consejero ha de facilitar una dirección de correo electrónico, donde se le hagan llegar las correspondientes notificaciones.

Artículo 13.

Para la celebración de las sesiones del Consejo de Administración se exigirá el quórum de asistencia requerido por la Legislación vigente.

Los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los votos de los Consejeros concurrentes a la sesión, según dispone el artículo 248 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, decidiendo los empates el Presidente, con voto de calidad y serán inmediatamente ejecutivos.

TÍTULO VI. DEL GERENTE

Artículo 14.

El Consejo de Administración nombrará por el período que se convenga y separará al Gerente a propuesta de su Presidente. El nombramiento deberá recaer en persona especialmente capacitada y será objeto de contrato con la Sociedad.

Artículo 15.

Serán funciones del Gerente:

a) Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo.

b) Dirigir e inspeccionar los servicios.

c) Representar administrativamente a la Sociedad.

d) Ordenar todos los pagos que tengan consignación expresa.

e) Asistir a las sesiones del Consejo, con voz pero sin voto.

f) Las demás que el Consejo de Administración le confiera, a cuyo efecto podrá otorgarle poderes de factor mercantil, con el contenido y plazo que se acuerde.

TÍTULO VII. DEL RÉGIMEN FINANCIERO

Articulo 16.

El ejercicio económico comenzará el primer día de enero y terminará el treinta y uno de diciembre de cada año.

Por excepción, el primer ejercicio comenzará el día de la firma de la escritura de constitución de la Sociedad y terminará el treinta y uno de diciembre del mismo año.

Articulo 17.

Las previsiones de ingresos y gastos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación se aprobarán por el Consejo de Administración anualmente y se integrarán en el Presupuesto General del Excmo. Ayuntamiento de ....., para lo cual se remitirán antes del 15 de septiembre de cada año a dicha Corporación.

Corresponderá al Pleno de la Corporación aprobar el Presupuesto General que integra dichas previsiones.

Articulo 18.

Trimestralmente se presentará al Consejo de Administración un estado que informe sobre la evolución de los ingresos y gastos.

Este documento será analizado por el Consejo de Administración, que adoptará las medidas que estime convenientes.

Articulo 19.

Las modificaciones al programa de actuación, inversiones y financiación se aprobarán por el Consejo de Administración.

Articulo 20.

Trimestralmente, en sesión ordinaria se presentará al Consejo de Administración las cuentas de la Sociedad.

El Consejo de Administración examinará dichas Cuentas y adoptará las medidas que estime convenientes.

Articulo 21.

El Consejo de Administración rendirá y presentará las cuentas anuales de conformidad con la legislación vigente en cada momento, elevándolas a la Junta General para su aprobación. Posteriormente se remitirán, antes del 15 de mayo del ejercicio siguiente al que correspondan, al Excmo. Ayuntamiento para su integración en la Cuenta General del Presupuesto.

TÍTULO VIII. DISOLUCIÓN

Articulo 22.

La disolución de la Sociedad Municipal tendrá lugar en los supuestos previstos en la normativa aplicable a este tipo de sociedades.

Capítulo 2

Los costes del servicio, en especial de suministro de agua. El control de las concesiones

Pilar Ortega Jiménez

2.1. Introducción

Es evidente que la prestación de servicios a la ciudadanía por los entes públicos solo se justifica si, en primer lugar, satisface una demanda del colectivo y, de manera simultánea, también se acredita que el ente que actúa ejercita una competencia propia, delegada o atribuida a través de un expediente específico. Este binomio tradicional que fundamentaba la actividad administrativa en beneficio de la ciudadanía, de demanda social más competencia del ente, ha incorporado un nuevo elemento que condiciona de manera completa la propia existencia de esa actuación de los poderes públicos. Las reformas realizadas en nuestro ordenamiento jurídico desde la modificación de la Constitución Española (CE) en el año 2011, para cumplir con las exigencias de la pertenencia a la Unión Europea, han supuesto que la sostenibilidad presupuestaria deba ser tenida en cuenta de manera permanente por la Administración en todas sus decisiones, hasta el punto de condicionarlas en relación con su desarrollo y alcance en el futuro.

Ese condicionante presupuestario también es de aplicación al caso del suministro domiciliario de agua potable. Aunque nos encontremos

ante un servicio mínimo cuya prestación es obligatoria en todos los municipios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 LBRL, y no pueda cuestionarse su existencia, si será preciso que la prestación responda a los principios de economía, eficiencia y eficacia, y que la gestión se oriente al mantenimiento de la sostenibilidad municipal, por lo que la adecuada planificación de las variables de contenido económico es fundamental. Esto es, los gestores públicos no solo deben conseguir la eficacia en la prestación de los servicios, satisfaciendo la demanda ciudadana, sino que deben ser capaces de medir la prestación y la demanda, de manera que puedan satisfacer los mandatos también de los principios de eficiencia y sostenibilidad.

La necesidad de que la eficiencia sea la razón última de las decisiones en materia de gasto se ha recogido en diferentes normas, que de manera sucesiva y complementaria han incidido en la importancia de su evaluación. La reforma del Artículo 135 de la CE, el 27 de septiembre de 2011, estableció como principio fundamental en la actuación de las Administraciones Públicas su funcionamiento con respeto a la estabilidad presupuestaria. Con posterioridad a esa norma, la LOEPSF define cómo ha de aplicarse ese principio, orientando la gestión hacia un crecimiento sostenible del gasto público (artículo 4) que permita, evitando incurrir en déficit excesivo, atender en plazo los pagos relativos a la deuda, tanto a largo plazo como los pagos comerciales a proveedores. Sin entrar en más detalles en relación con el contenido de la LOEPSF, sí es destacable que introduce en nuestro derecho la necesidad de que cualquier actuación pública, y con mayor motivo las de gasto, se someta a un juicio en relación con la sostenibilidad y estabilidad presupuestaria, de modo que sus consecuencias no comprometan en último término su adopción. De esta manera, bajo la denominación de *principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos,* el artículo 7 LOEPSF, en su segundo apartado, afirma que 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. Y además, en su apartado tercero, recoge un mandato claro: 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.

Sin embargo, esta valoración de eficiencia no se convierte, tras la introducción de la LOEPSF en nuestro ordenamiento jurídico, en la pieza

angular de cada expediente y de cada decisión sustantiva que afecte a las condiciones presupuestarias del ente en cuestión, como determina la normativa. Por ello, la reforma de la LBRL operada por la LRSAL, y que modifica entre otros el artículo 85 LBRL, **insiste en la necesidad de que la gestión de los servicios públicos se haga de la forma más eficiente y más sostenible**. De este modo,

- Acaba con la consideración tradicional de libertad de elección entre los distintos modos de gestión de servicios. Hasta esa reforma, se consideraba que las entidades locales tenían libertad para autoorganizar la prestación de sus servicios, no estableciendo el artículo 85 LBRL ninguna preferencia entre los distintos modos de gestión directa o indirecta, ni límite. Así se deducía también del artículo 4 LBRL y del artículo 30 RSCL.

  La LRSAL introduce la eficiencia y sostenibilidad como primer límite, y posteriormente a esa norma, la nueva LCSP afirma en su artículo 30.3 que:

  > La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley[1].

- Establece una preferencia, dentro de la gestión directa, por las formas de gestión en el ámbito administrativo, estableciendo nuevos límites para la creación de entidades de derecho mercantil ya que debe quedar acreditada en el expediente su mayor eficiencia y sostenibilidad frente a la gestión directa de las letras previas, con criterios de rentabilidad económica y capacidad para recuperar la inversión.

- Debe conectarse la elección del modo de gestión y su publicidad, según se prevé en el art 85 LBRL, con lo establecido en el artículo 86 LBRL que también cambia de redacción tras la reforma: de este modo, el establecimiento de los servicios con contenido económico y la decisión sobre el ejercicio de actividades econó-

[1] Puede consultarse en relación con este Manual, la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 7996/2011 (recurso de casación 2757/2009), de 3 de noviembre de 2011, que anula un expediente por una inadecuada justificación del tal extremo.

micas requiere expediente de acreditación de la conveniencia y oportunidad de prestar ese servicio para todos los que tengan ese carácter, incluidos los obligatorios, y también para las actividades.

- Cualquier cambio en el modo de gestión que se establezca será posible en el futuro, puesto que **la evaluación ha de ser permanente**, pero se deberá realizar motivadamente de nuevo con relación a la mayor eficiencia y sostenibilidad de la nueva fórmula propuesta.

La valoración de esas variables necesarias según el artículo 85 LBRL, debería ser previa, por lo tanto, a cualquier decisión del ente competente, y ser por ello susceptible de control:

a. En primer lugar, por los órganos que legalmente tienen atribuido el control interno de la gestión económico-presupuestaria de los entes públicos. En el ámbito local, desde 1988, el artículo 220 LRHL ya establece la necesidad de evaluación de la eficiencia de los servicios en el marco del control financiero, afirmando que la finalidad de este es comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, y que tiene por objeto informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos. Se comentará el modo en que debe desarrollarse este control en el último apartado del presente capítulo.

b. También por los órganos de control externo, que en ejercicio de las funciones legalmente atribuidas pueden reflejar en sus informes el resultado global de estas actuaciones y formular las recomendaciones que consideren necesarias para que se cumpla lo legalmente previsto. En este trabajo reseñamos alguna de estas actuaciones, que llegan a conclusiones muy certeras, que deberían ser tenidas en cuenta tanto por los entes analizados, como por el resto de entes prestadores de servicios, ya que la reiteración de las anomalías que detectan es generalizada.

c. Por último, debería ser controlado por la jurisdicción contenciosa, en caso de falta en el expediente de esa motivación o de insuficiencia de esta o de error en los cálculos sobre la eficiencia de

las soluciones[2]. Su ausencia, a nuestro juicio, debería ser motivo de nulidad del expediente.

Este principio de eficiencia sigue presente, desarrollando su influencia en la aprobación de nuevas normas. Así, en relación con la modificación de la normativa aplicable al funcionamiento de las Administraciones Públicas operada en el año 2015, la Exposición de Motivos de la LRJSP, señala que la reforma legal viene exigida porque «una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes y ágiles», siendo necesaria la racionalización administrativa para mejorar la «eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad». En concreto, y en relación con el análisis de eficacia de la gestión de los servicios, nos interesa lo que se recoge en su Título II sobre organización y funcionamiento del sector público institucional. Esta normativa, puesto que se trata de una Ley básica, se aplica en el ámbito local con el alcance que determina la Disposición final décimocuarta, tal y como se ha explicado en el capítulo anterior. Más recientemente, la Disposición adicional tercera de la Ley 7/2017, de 19 de octubre, de Contratos del Sector Público determina la necesidad de que el Interventor Local haga un análisis de la valoración de eficiencia que debe formar parte del expediente de contratación.

La conclusión que debemos deducir de estas manifestaciones previas es que el control de la eficiencia y la sostenibilidad de los servicios no es una opción en este momento, sino una obligación. **La normativa demanda que se profesionalice la gestión de los servicios**, siendo necesario que las Administraciones tomen medidas para poder obtener los datos necesarios, con independencia del modo en el que se presta el servicio, para:

- Determinar los objetivos a satisfacer en la prestación del servicio.
- Conocer con exactitud el coste de producción y el coste completo de prestación del servicio.
- Establecer los ingresos a percibir por la prestación pública, fijados de acuerdo con lo previsto en la normativa LRHL, de manera que la sostenibilidad presupuestaria de la entidad no se vea comprometida.

[2] La Sentencia 60/2018, de 9 de abril, del Juzgado Contencioso Administrativo de Valladolid número 4 indica que la memoria sobre la forma más eficiente y sostenible de gestionar el servicio, obligatoria según el 85.2 LBRL, es bajo la modalidad de EPEL. Todas las Sentencias de este procedimiento de remunicipalización pueden consultarse en el siguiente enlace: https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/9907

- Determinar de manera detallada los activos necesarios para la prestación del servicio, así como las necesidades de reposición de estos en el futuro, de manera que, tratándose de servicios obligatorios, como el del suministro domiciliario de agua potable, la reposición del capital necesario para prestar el servicio debe preverse y planificarse para que su financiación no comprometa el modo de prestación.

Pero también los órganos de control interno han de planificar el ejercicio de sus funciones para, además de cumplimentar la tramitación derivada de la revisión previa de legalidad inherente a la función interventora, organizar, de acuerdo con el riesgo existente en la organización, el análisis de la prestación de los distintos servicios, dentro del Plan de control financiero anual, que puede no obstante programarse para que en el transcurso de una legislatura, la totalidad de los servicios que se presten sean revisados.

2.2. Prestación del servicio de suministro domiciliario de agua potable: objetivos, planificación y control

La Administración ha de responder a las nuevas exigencias sociales de gestión eficiente de los recursos y además ser transparente y participativa. Se ha evolucionado respecto a la situación que legitimaba la intervención administrativa en relación con el modelo prestacional de los servicios, desde una situación de carencia incluso total, en algunos municipios, de cobertura de necesidades que se consideraron fundamentales para el desarrollo de las colectividades —lo que motivó, al elaborarse la LBRL, el establecimiento de servicios de obligatoria prestación para los entes locales—, a otra en la que, habiéndose satisfecho esas premisas iniciales, debe plantearse si es posible su prestación de manera más eficiente y sostenible.

Los entes públicos han de moverse en la misma dirección en la que se ha modificado la LBRL. Deben profesionalizar la gestión de los servicios, sin que la eficacia conseguida por sus actuaciones en los últimos cincuenta años, que ha supuesto la consolidación generalizada de unos servicios mínimos en el territorio nacional, avale que estos sigan siendo gestionados del mismo modo, ya que los objetivos han variado sustancialmente. De tener como fin la extensión de la prestación y su alcance universal a todos los ciudadanos y a todo el territorio, se ha pasado a que ésta se realice del modo ajustado a los principios de buena gestión de los recursos escasos, elemento con trascendental importancia en el servicio que nos ocupa, ya

que no solo tiene repercusión económica, sino que afecta al agua, recurso escaso y de primera necesidad.

Los gestores actuales han de realizar tres actividades fundamentales: a) definición de objetivos, fundamentalmente asociados a la calidad y a la sostenibilidad de la prestación, b) planificación de los medios y recursos necesarios teniendo en cuenta los distintos procesos posibles de producción, c) revisión y control permanente del servicio, que fundamente las variaciones en el modo de realizar la prestación.

2.2.1. Determinación de los objetivos asociados a la prestación del servicio

La eficacia de un servicio público —relacionado muy probablemente con una política de gasto o programa—, dentro de la clasificación funcional de las aplicaciones presupuestarias, podría entenderse como el grado de consecución de los objetivos propuestos. La actuación será eficaz si logra los objetivos para los que se ha diseñado, midiéndose esta eficacia por el grado de cercanía al cumplimiento total de objetivos, que es el 100%. Será necesario, por lo tanto, previamente a la implementación de la política pública, la definición de objetivos, no genéricos, sino concretos, incluyendo la calidad de lo que se propone.

Asimismo, un objetivo debe delimitar el tiempo en que se espera generar un determinado efecto o producto. Por tanto, una iniciativa resulta eficaz si cumple los objetivos en el tiempo fijado y con la calidad esperada. Añadimos que la eficacia contempla el cumplimiento de objetivos, sin importar el coste o el uso de recursos, y plantea metas de manera independiente a los empleos necesarios para su consecución, teniendo en cuenta la calidad y la oportunidad, y sin tener en cuenta los costes.

Es evidente que la falta de unos objetivos, que cumplan las características comentadas en relación con la prestación del servicio, incide directamente en la valoración de la eficacia, ya que no se puede medir lo que previamente no está establecido.

El presupuesto por programas y la necesidad de fijación de objetivos dentro de cada uno de ellos son unos antiguos compañeros en el viaje de la elaboración presupuestaria, que sistemáticamente han quedado relegados al olvido en el proceso de redacción del documento, sobre todo en el ámbito local. El Informe de fiscalización del sistema de seguimiento de programas en el área de la administración económica del Estado, correspondiente al ejercicio 2017, aprobado por el Tribunal de Cuentas el 20 de diciembre de 2018, muestra que el Estado, que en su momento incidió con fuerza en su necesidad en determinados programas,

está relajando paulatinamente sus exigencias. El informe concluye que, a pesar de que existe una normativa específica que desarrolla las normas contenidas en la Ley General Presupuestaria (LGP) en esta materia, con carácter general, los ministerios económicos y sus organismos autónomos **no realizan un seguimiento adecuado de los programas presupuestarios por parte de sus gestores**, de las oficinas presupuestarias, ni de la Dirección General de Presupuestos, que permita hacer una valoración sobre el cumplimiento de los principios de eficacia en la consecución de objetivos, ni de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, que están recogidos en el art. 69.1 de la LGP. Esta insuficiencia de datos de los que dispone la DGP es difícilmente conciliable con el adecuado cumplimiento de lo recogido en el art. 31.2 de la vigente LGP, que establece que:

> Las asignaciones presupuestarias a los centros gestores de gasto se efectuarán tomando en cuenta, entre otras circunstancias, el nivel de cumplimiento de los objetivos en ejercicios anteriores.

Incumpliéndose lo previsto en el art. 70.2 LGP:

> Los sistemas de gestión y control de los gastos públicos deberán orientarse a asegurar la realización de los objetivos finales de los programas presupuestarios y a proporcionar información sobre su cumplimiento, las desviaciones que pudieran haberse producido y sus causas.

La consideración del presupuesto como un documento limitativo de la actuación municipal, en lugar de como documento de trabajo y mejora de ésta, ha hecho descansar su confección en la mayoría de los casos en la Intervención municipal, que no puede establecer los objetivos e indicadores del servicio, en primer lugar, por desconocimiento de su funcionamiento real y, en segundo lugar, porque esos parámetros nunca pueden ser imposiciones sino que deben ser metas que quien determina conoce que pueden ser conseguidas. Por ejemplo, la fijación de un límite de metros cúbicos de pérdidas por fugas, la de un número mínimo de metros lineales de canalización revisados para determinar su estado, la de un número máximo de llamadas por averías o la contención de los metros cúbicos consumidos en los hogares dependiendo de su ocupación, son referencias que no pueden ser determinadas al azar.

La fijación de objetivos e indicadores de los servicios es fundamental si se quiere conseguir que avance la gestión de la administración por el camino marcado por las normas, y para ello es necesario que en las

relaciones de puestos municipales se cuente con el personal adecuado para hacer esas determinaciones, fuera de los departamentos de intervención, que son órganos de control.

2.2.2. Definición de medios humanos y materiales. El análisis de los costes de la prestación del servicio

2.2.2.1. Elementos necesarios para la prestación del servicio: costes de explotación

La existencia de límites para la actuación de gasto de la Administración, determinados por el crédito aprobado en el estado de gastos del Presupuesto Municipal, ha sido, durante más de cincuenta años, el único documento al que se ha prestado alguna atención por los gestores públicos. Esto hace que no haya existido el interés por la contabilidad analítica y el resultado de explotación, que son propias del ámbito privado, en el que no existe una doble contabilidad, financiera y presupuestaria.

Las magnitudes que acaparan la atención de los órganos de gobierno y sus gabinetes son el resultado presupuestario y el remanente líquido de tesorería. La explotación de un servicio se examina desde la óptica de las estructuras presupuestarias y se identifican los gastos de explotación con las obligaciones reconocidas que ofrecen las aplicaciones de la clasificación económica de gastos del programa o grupo de programas de que se trate. Siendo una aproximación que tiene su parte de acierto[3], sobre todo porque es sencilla, **la información que ofrece la ejecución presupuestaria no es suficiente** para la toma de decisiones en relación con la gestión de un servicio para lograr que este se desarrolle del modo más eficiente y sostenible:

- Porque las clasificaciones presupuestarias no son homogéneas, y la imputación de determinados consumos de recursos tiene bastantes imperfecciones. Sobre todo el área de gasto 16, en la que se encuentra el suministro domiciliario de agua potable, carece de un grupo de programas general donde imputar los gastos comunes de todo el área. Por ejemplo, si existe en la plantilla un inspector de servicios para el control de la prestación de los servicios básicos —agua, basura, alcantarillado, limpieza viaria— o personal administrativo que atiende al público en relación con

[3] Este es el planteamiento del coste efectivo, cuya crítica realiza Ortega, P. y Merino, V. (2018).

varios de esos servicios, la ausencia de esa estructura hace que comúnmente su coste se impute al área de gasto 9, perdiendo esa referencia como coste del servicio.

- Porque, en cualquier caso, dan datos globales del proceso productivo y existen varias aplicaciones presupuestarias cuya denominación es genérica y no ofrecen apenas información en relación con los gastos que se han imputado.

De esta manera, en los últimos cincuenta años de gestión presupuestaria local, no se ha tomado como referencia de la contabilidad presupuestaria ni siquiera la financiera, que se ha mantenido en el olvido porque se elabora automáticamente desde la ejecución del presupuesto de gastos, y **esta es una inercia que debe ser revisada**. Si tenemos en cuenta que la prestación de servicios públicos no difiere, en lo que se refiere a la revisión de su proceso de producción, de una organización de medios que pudiera realizar una empresa privada (esto es, la Administración combina factores de producción —recursos humanos y medios materiales— para ofrecer a los ciudadanos una prestación determinada, en este caso el suministro domiciliario de agua), la contabilidad analítica juega el mismo papel que en el sector privado, donde es una herramienta fundamental que debe ser tenida en cuenta en el momento de tomar decisiones en relación precisamente con ese proceso de producción, ya que pone de manifiesto sus debilidades y fortalezas, y por lo tanto sus posibilidades de mejora.

En este sentido, la LRSAL introdujo una modificación en el artículo 211 LRHL determinando la necesidad de que los entes locales con población superior a 50.000 habitantes, así como los entes locales cuyo ámbito territorial sea superior al municipio (Diputaciones, Mancomunidades, y entendemos que también los Consorcios) dispongan de este tipo de contabilidad y ofrezcan su resultado dentro de la Cuenta General, en las notas 26 y 27 de la Memoria. Aunque potestativamente puede utilizarse por cualquier ente local, ya que la metodología que debe seguirse es la establecida en la Resolución de 28 de julio de 2011 de la IGAE, por la que se regulan los criterios para la elaboración de la información sobre los costes de actividades e indicadores de gestión a incluir en la memoria de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad Pública[4], en adelante RECA.

[4] Álvarez Villazon, J. C. (2019) compara esta metodología con otras posibles que se utilizan en el ámbito privado, señalando sus deficiencias. La necesaria homologación entre entes públicos hace que nos inclinemos hacia su uso, ya que es obligatorio su se-

El coste que se obtendrá, como la propia exposición de motivos de la Resolución afirma, **no es el coste de producción, sino un coste completo**, que se obtiene en distintas etapas de agregación, resultado de asignar a cada actividad el consumo real de los factores de producción directamente relacionados con ella. Se aplican preferentemente de manera directa los que corresponden a cada actividad y centro, y cuando se desconoce su asignación directa se atribuyen con claves de reparto. Además, se distinguen aquellos otros relacionados con la misma de manera indirecta, entre los que se incluyen los costes generales, administrativos y de dirección del ente.

Además de sus indiscutibles aplicaciones a la gestión del servicio, como se desprenderá de los datos que pueden obtenerse con su llevanza, no podemos olvidar que, si así se justifica en el expediente, puede ser que la gestión más adecuada sea la indirecta para algunos servicios. En ese caso, y de acuerdo con lo previsto en el art 100 LCSP, el presupuesto base de licitación **ha de desglosarse determinando los costes directos e indirectos**, y otros eventuales gastos que deban ser tenidos en cuenta para su determinación. Junto con lo anterior, si es preciso aprobar una fórmula de revisión de precios en el contrato, esta se confecciona de acuerdo con los principios de buena gestión y consultando con empresas del mercado para determinar la estructura de costes de producción, por lo que partir de unos datos seguros de producción públicos ayuda en la determinación de esa fórmula en su caso, en la que es preciso tener en cuenta que existen componentes de la prestación que nunca van a poder ser revisados y otros cuya revisión estará limitada a los incrementos de ese coste en el ámbito público (mano de obra).

Por todo ello, conocer la estructura de costes del proceso de producción del bien es fundamental para la adecuada gestión de dicho proceso. Esta necesidad es consustancial a la gestión del servicio y, por lo tanto, este tipo de contabilidad tendrá que ser cumplimentada por la Administración si presta el servicio de manera directa o por cualquiera de las personificaciones públicas o privadas que el artículo 85 LBRL permite como formas gestoras de los servicios públicos, incluidos los concesionarios. De manera que debe imponerse a todos ellos su llevanza, lo que posibilitará el adecuado uso de los medios empleados y que, en último término, el ciudadano no pague por los servicios a un gestor —que actúe respetando los principios de economía, eficiencia y eficacia— más de lo que debe costar su producción.

---

guimiento en los entes de gran población y, si se hacen comparativas con el sector privado, se conozcan sus limitaciones.

- Para ello un primer paso será, a la vista del proceso productivo que en ese momento se esté llevando a cabo, determinar las necesidades reales de **recursos humanos: la plantilla con la que se presta el servicio**, y esta actuación es independiente del modo de gestión del servicio. Es preciso conocer cuántas jornadas se dedican a la producción del bien, determinando tanto la mano de obra que directamente realiza esas labores de producción, como todos aquellos que de manera indirecta o auxiliar tienen relación con el proceso de prestación del servicio, incluida la imputación de estructura administrativa y de dirección de la entidad.

  Esta última actuación estamos acostumbrados a realizarla de manera porcentual —y solo en los momentos en los que se modifican los ingresos asociados a la prestación— para la confección del informe económico financiero, sin dedicar tiempo a realizar una imputación precisa con el fin de identificar las horas necesarias para, por ejemplo, la atención a los problemas por los electos de la entidad local —tanto el Alcalde como el concejal en el que descanse la responsabilidad del servicio—, así como las necesarias para la gestión de lecturas, domiciliaciones, altas y bajas del padrón, recaudación del padrón, gestión de los impagados, entre otros.

  Las empresas privadas que gestionan un servicio, miden cada uno de estos tiempos y son capaces de ofrecer unas cifras claras y concretas, por lo que, si realmente queremos comparar la eficiencia de los diferentes modos de gestión, es preciso hacer el esfuerzo de medir lo que los centros administrativos y directivos significan en el proceso de producción pública, para identificar posibles sobrecostes o áreas de mejora de la gestión.

- Tras clarificar el número de recursos humanos necesarios (tanto directa como indirectamente) para la producción del bien, se buscará la determinación de los **recursos materiales**, analizando ese proceso para identificar lo que el modelo denomina **objetos de coste, sobre los que se construirá el modelo y que son de dos tipos: los centros de coste y las actividades.**

Los centros de coste

Su característica más relevante, como señala la RECA, **es su materialidad física**, señalando que «no se permitirá la existencia de centros de coste ficticios que supongan una mera agregación de elementos de coste para su adscripción posterior a actividades, sino que deben venir defini-

dos por su relación con un espacio o su correspondencia con un objeto material en la organización». Así, aunque el documento de Principios de la norma indica que es «el lugar, *físico o no*, donde, como consecuencia del "proceso productivo", se consume toda una serie de medios que se incorporan a las actividades, entendidas estas en un sentido amplio como el conjunto de operaciones de todo tipo que crean productos y servicios», posteriormente ofrece una definición más clara del centro de coste, indicando que «sería una unidad mínima de gestión a la que se le puede atribuir todas o algunas de las siguientes características: actividad homogénea, único responsable, una ubicación física, unos objetivos propios y una responsabilidad definida».

La RECA los clasifica en los siguientes términos, siendo posible que dentro de cada tipo también existan niveles —un centro principal puede tener varios centros en su interior en los que se realizan actuaciones homogéneas que permitan la identificación de centros en cascada para realizar las imputaciones—:

a) **Centro Principal**, en el que se realizan una o varias actividades que configuran el proceso productivo de una organización determinada, contribuyendo de manera **inmediata** a la formación del valor en que consiste dicho proceso.

b) **Centro Auxiliar**, que realiza una actividad de ayuda y que, sin afectar de manera inmediata a la formación del coste, se considera **necesario** para la correcta realización del proceso productivo de la organización.

c) **Centro Directivo, Administrativo o General**, que es el centro encargado de **coordinar** la actividad de otros centros dependientes de él, o de realizar **actividades de tipo administrativo o general** que permiten el funcionamiento de la organización.

d) **Centro Mixto**, que participa simultáneamente de las características de dos o más de los tipos de centros definidos anteriormente.

e) **Centro Anexo**, que realiza actividades **no necesarias, o, al menos, no imprescindibles,** para el proceso productivo de una organización.

Como veremos, la clasificación de centros de coste se ajusta a la clasificación de actividades. Para concretar algo más en relación con este tema, y a pesar de que cada proceso productivo es diferente, vamos a trabajar con un **ejemplo referido únicamente al servicio de suministro domiciliario de agua potable**, dejando por lo tanto fuera el saneamiento

y la depuración, que tendrían sus propios centros de coste (véase cuadro 2.1). Señalamos que en esta materia no es posible generalizar las estructuras de costes, ya que cada proceso presenta sus particularidades, y cada gestor ha de organizar el modelo de manera que obtenga la máxima información precisamente de los procesos que le interesa mejorar.

Cuadro 2.1
EJEMPLO: SERVICIO DE SUMINISTRO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE

En este caso tendremos en cuenta centros de coste de varios tipos, dentro de los que pueden existir otros centros de nivel secundario:

CAPTACIÓN (PPAL001)

En el ejemplo se han distinguido dentro, a su vez, otros centros principales, ya que existen diversas fuentes de entrada del recurso (concesiones en alta, embalses, cesiones…). Se asigna a cada uno de estos centros un **código independiente**, de modo que sea posible individualizar sus costes y conocer de este modo el coste de las diferentes fuentes de abastecimiento. Esto nos permitirá decidir, siempre que sea posible esta discriminación, la cantidad que se consume de cada una, escogiendo la más económica y limitando el uso de las fuentes más costosas, o buscando fuentes alternativas si el precio de alguna de ellas se separa mucho de la media de coste general.

Es interesante distinguir también los distintos orígenes del agua, ya que, dependiendo de estos, necesitarán o no tratamiento, o un tratamiento distinto, lo que repercute en el coste. Si en el modelo se produce agua tratada, pero también si parte del agua se adquiere tratada, la separación de fuentes permite comparar la eficiencia de nuestro modelo productivo, determinando si el precio del agua tratada que se adquiere es inferior al precio resultante de captación y tratamiento en nuestro proceso, para determinar si debemos mejorar el proceso de tratamiento o dejar de adquirir agua tratada, si su coste es demasiado elevado.

En el cuadro no se ha reflejado, porque se trata de ofrecer una visión sencilla del proceso de producción, pero puede ser necesario contemplar la división de alguno de los centros de segundo nivel, si por ejemplo es necesario el bombeo en algunos hasta llegar a la siguiente fase y en otros no, o realizar impulsión a través de tuberías.

TRATAMIENTO (PPAL002)

Distinguiríamos en él, de nuevo, tres centros de nivel secundario: por una parte, la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) para la potabilización, (TRA00201), y uno o varios depósitos reguladores —supondremos que hay dos—.

DISTRIBUCIÓN (PPAL003)

Este centro está constituido por toda la red de canalización que permite el suministro domiciliario, por lo que la existencia de uno o varios centros depende de la estructura de esta y de sus características: si los depósitos abastecen de manera independiente a parte de la población, si existen diferentes diámetros en la red… Atendiendo a esos datos, se crearán los centros que sean necesarios para ofrecer la información necesaria en relación con las averías, las pérdidas de suministro y los costes del mantenimiento.

AUXILIAR MANTENIMIENTO (AUX001)

Será necesario si existe personal que realiza actuaciones en varios de los centros anteriores, tanto para el correcto funcionamiento de los edificios, como de los elementos de canalización.

AUXILIAR GESTIÓN DE PADRÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS (AUX002)

La recaudación de los ingresos que se reciben como contraprestación de la recepción del servicio necesita de la realización de múltiples tareas: lectura de contadores, mantenimiento de sujetos pasivos (altas y bajas) y domiciliaciones, elaboración del padrón con la periodicidad establecida, gestión de pagos e impagos... A estas actuaciones debe añadirse la necesidad de mantener un canal abierto para la comunicación con los usuarios: averías, altas del servicio, quejas, reclamaciones, etc.

DIRECTIVO, ADMINISTRATIVO O GENERAL (DAG001)

Destinado a recoger otros costes de coordinación del servicio y de actuaciones relacionadas con las decisiones de gestión, que dependerán en gran medida de la forma en que el servicio se gestione —la organización cuyo coste descansa, si se trata de una Administración, en el área de gasto 9, ha de aprobar el padrón, tomar decisiones de corte de calle o de otro tipo si existen averías, hacer campañas para el uso responsable del agua, etc.—, puede existir un gestor político, con dedicación parcial o exclusiva, responsable de la atención de los servicios básicos del área 1.

Las actividades

Son necesarias para el suministro final del bien en los domicilios y dependerán de nuevo del proceso de producción de cada ente. Cuanta más información sea posible obtener en relación con él, mejor se podrán medir los impactos en los cambios de modos productivos. La RECA entiende por actividad:

> [...] [el] conjunto de actuaciones que tienen por objetivo la utilización combinada de factores en un proceso productivo para obtener bienes o prestar servicios, con la suficiente importancia relativa como para determinar su individualización.

No obstante, es más claro en este caso utilizar el concepto ofrecido por los Principios, que considera que son:

> Acciones realizadas dentro de una organización que se agregarán o individualizarán dentro del proceso de determinación de costes de acuerdo con su importancia.

Pueden llegar a solaparse a veces con los centros porque tienen gran interrelación, ya que será en ellos precisamente donde se combinen los factores productivos, existiendo una o varias actividades dentro del proceso de producción del que forman parte tanto centros como actividades.

Su clasificación, como se ha indicado, es similar a la de los centros. Las más importantes en la definición del modelo son las que siguen:

a) **Actividad finalista**, que sería aquella tendente a la realización inmediata de los *outputs,* bienes o servicios que constituyen el objetivo de la organización.

b) **Actividad auxiliar**, que es la que sirve de soporte al proceso productivo de una manera mediata.

c) **Actividad Directiva, Administrativa y General**. Actividad realizada por los centros de igual denominación, o por los centros mixtos en su caso, que constituyen el soporte administrativo y de dirección en toda la organización. La diferencia fundamental con las actividades auxiliares estriba en que, mientras las primeras se encuentran relacionadas con el proceso de producción del bien o servicio —mantenimiento de la ETAP o de las altas y bajas del padrón de aguas, por citar alguna—, las actividades directivas, auxiliares o generales no inciden en dicho proceso —control interno de la entidad prestadora del servicio correspondiente, o fe pública y archivo de los acuerdos referidos al servicio—.

Continuando con el ejemplo iniciado, y tras determinar los trabajadores y centros, se analiza lo que se realiza en ellos, distinguiendo las actividades que son finalistas, que nos permiten obtener un producto identificable, de las que son auxiliares de estas. Tenemos tres principales y dos auxiliares:

- Actuación de obtención —en la que se tendrá en cuenta los procesos de bombeo, cloración y compra de agua en su caso en los centros de captación—, que determina el coste de adquisición de la materia prima.

- Actuaciones de tratamiento —cloración, limpieza y control de calidad en los centros de tratamiento—, que convierte la materia prima en agua tratada, con otro valor.

- Actuación de distribución, que reparte esa agua tratada entre los hogares, añadiendo el coste de las actuaciones en la red —averías, ejecución de acometidas, altas y bajas de contadores, control de calidad, procesos de detección de fugas—.

- Actuaciones de mantenimiento de todos los centros en el auxiliar de mantenimiento.

- Actuaciones de gestión administrativa y atención al usuario en el auxiliar de relaciones con los usuarios.

Tras el esfuerzo de definición de todos los objetos del modelo, la RECA propone, a partir de su norma decimocuarta, **la asignación de costes en cascada**, de lo general a lo particular, eliminando las actuaciones auxiliares para obtener un único coste del bien, comprensivo de todo el proceso de producción, conociendo su desglose por centros y también su desglose por actividades. Esto es, se parte de dos tablas fundamentales e independientes que se van configurando de modo interrelacionado, se identifican los costes por centros, pero también los costes por actividades y, desde ese punto de partida, se trabaja para ir agregando los datos, de acuerdo con las instrucciones del modelo, con atribuciones directas cuando es posible, o con asignaciones mediante claves de reparto en el resto de las ocasiones, que tendrán que ver con el centro o con la actividad.

Identificar los costes del servicio no genera problema, ya que se trata de los conceptos usuales en este tipo de procesos de producción, a los que de alguna manera se ha hecho referencia. El problema mayor es trabajar para conseguir conocer cuánto exactamente se consume en cada centro y en cada actividad del concreto recurso humano o material. Este es el auténtico trabajo a realizar, y es necesario para ello que cada gestor determine qué herramientas de medición va a utilizar. Si se sustituye la medición real de imputación por coeficientes o claves de reparto, la precisión del modelo disminuye y, por tanto, también su potencial como herramienta para detectar los puntos débiles del proceso productivo y mejorarlo. Es cierto que esta labor de cómputo de consumo real puede ser paulatina, trabajando sobre todo con aplicaciones que puedan trasladar de manera automática las mediciones al sistema que realizará los repartos, de manera que el modelo vaya avanzando en la gestión adecuada de los recursos. Y no podemos olvidar que es una de las piezas clave de la contabilidad analítica y que, sin esa asignación de recursos ajustada, el uso de esta herramienta no desplegará todas sus posibilidades de ayuda a la gestión. Hemos de poder determinar y poder atribuir sin coeficientes los siguientes conceptos:

- El coste del personal que trabaja en cada uno de los centros, con asignación a cada una de las actividades que se realizan en el centro, o a cada uno de los centros si trabaja en varios. En ese coste se incluirán los conceptos salariales y otros, como las indemnizaciones y el suministro de vestuario al que tenga derecho de acuerdo con el convenio colectivo. Deben existir partes diarios de trabajo que se puedan rellenar a través de un aplicativo que permita la posterior comunicación de la información introducida por el trabajador de manera automática.

- Energía eléctrica que se consume en cada centro y en cada actividad, para lo que es necesario contadores individuales —no contratos independientes, pero sí elementos que midan el suministro a las distintas instalaciones y maquinas conectadas a cada uno de los contratos, si hay varios—.

- Reactivos para las actividades de cloración y potabilización. Productos de limpieza. De nuevo será necesario disponer de una aplicación que vaya recogiendo la cantidad de cada recurso que se destina a cada centro y actividad, que pueda trasladar automáticamente los datos al programa que realizará las agregaciones finales.

- Combustible, con detalle del que se consume en cada instalación y vehículo.

- Seguros de edificios y vehículos, que se distribuirán con una clave de reparto.

- Amortizaciones de instalaciones y vehículos.

- Coste de la materia prima, el agua, en sus diversas modalidades de obtención inicial.

- Contratación de servicios de control, destinando su consumo a los diversos elementos que se mantienen.

- Materiales de red —tuberías, elementos de fontanería, contadores…—, de mantenimiento de edificios, etc., con control de almacén que determine su destino final en orden a imputar su consumo.

Todos esos datos van agregándose en dos tablas, como se ha indicado, similares a las que se facilitan como Anexos IV, V y VI, en las que se reflejan, por una parte, los costes que se han tenido en consideración y, por otra, su atribución a los centros o a las actividades. Esas son las dos tablas más importantes, ya que, a partir de ellas, y mediante un proceso de agregación y reducción, se obtendrá el coste final, y otros datos importantes para la gestión, como el margen de cobertura, una vez comparado con los ingresos.

La RECA recoge el proceso para lograr el resultado final según se indica en el cuadro 2.2.

CUADRO 2.2
PROCESO PARA LOGRAR EL RESULTADO FINAL

A. (NORMA 14ª) ASIGNACIÓN DE COSTES A OBJETOS DE COSTE (CENTROS Y ACTIVIDADES)

Se partirá de dos tablas que resuman los costes existentes por tipos de objeto de costes, señalando en cada una de ellas, en uno de los ejes, los diferentes costes asignados y, en el otro, los centros últimos de reparto o el total de las actividades en las que se efectúa el reparto.

Para llegar a ellas de manera continua durante todo el periodo en el que se ejecuta la actividad, se va volcando la información, en lo posible de modo automático, de diversas fuentes: el gestor de nómina, las aplicaciones que puedan volcar consumos unitarios, las que gestionan los recursos y su almacén, etc. A partir de esta información ha de trabajarse para determinar con exactitud los consumos que se realizan en cada actividad y en cada centro. Para sistematizar la información, es preciso que cada objeto de coste tenga **un identificador único**. De esta manera, cuando se realice un gasto, se asociará de manera inequívoca a este objeto de coste.

Es fundamental el adecuado control de la dedicación de la plantilla de trabajadores al servicio, y automatizarlo al máximo, de manera que pueda aplicarse a cada centro y a cada actividad el consumo horario de cada uno de los trabajadores. No olvidemos que en este momento, la LCSP impone que los trabajadores sean retribuidos de acuerdo con el convenio colectivo, por lo que será preciso hacer un seguimiento del número de trabajadores que realizan labores para la concesión, en qué concreta actividad las desarrollan y el número de horas que realizan en cada una de ellas, especificando su categoría profesional y antigüedad. Debería disponerse de una tabla que reúna los datos de la totalidad de los trabajadores que prestan servicio en la concesión, en la que figuren, no solo los datos profesionales (tipo de contrato y derechos laborales), sino también los de horario y dedicación, y el modo en el que esta puede ser controlada, bajas, siniestralidad y cualquier otra cuestión que resulte relevante para un adecuado diseño del modelo de costes.

Si existe una concesión, la movilidad funcional y geográfica solo debería ser posible en caso de solicitud del trabajador, nunca por imposición empresarial, quedando en todo caso acreditadas las circunstancias personales que motivan los traslados. Las mejoras salariales se deberían limitar, y en todo caso prohibir aquellas que puedan realizarse atendiendo a un uso fraudulento del derecho.

En relación con las actividades, se distinguirán las relacionadas con la producción —bien sean finalistas o auxiliares—, de las directivas o funcionales —denominadas DAF en el modelo—. Estas, si bien se tienen en cuenta para la obtención de coste completo, se agregan con posterioridad, de manera que es posible determinar el coste de producción, pero también conocer los costes de estructura, de modo que se identifica dónde puede existir un sobrecoste. En cualquier caso, son costes que también deben ser tenidos en cuenta, y no debe pensarse que desaparecen en caso de externalización, ya que, como pone de manifiesto la Cámara de Cuentas de Madrid[a]:

> […] deben dotarse suficientemente de medios los servicios que tengan atribuida **la gestión** de concesiones de obras y de servicios públicos, con el fin de que puedan desarrollarse las actividades de control e inspección de las prestaciones contratadas y de la efectividad de los parámetros (número de visitas, ingresos, número de actuaciones, etc.), que son utilizados para el cálculo de los cánones o de las obligaciones a cargo del Ayuntamiento.

Este primer reparto de costes a objetos de coste (centros y actividades) se realiza sin importar su nivel, tanto en los principales como en los auxiliares. En las tablas figurarán todos los centros y todas las actividades identificadas en el modelo.

B. (NORMA 15ª) IMPUTACIÓN DE COSTES DE CENTROS DE NIVEL INFERIOR A CENTROS DE ÚLTIMO NIVEL

Una vez distribuidos los costes en los distintos centros, se agrupan los costes de los centros de segundo nivel, tal y como se han planteado en el modelo, para obtener el coste en cada uno de los centros principales.

C. (NORMA 16ª) IMPUTACIÓN DE COSTES PENDIENTES DE CENTROS NO ASIGNADOS PREVIAMENTE A LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR DICHOS CENTROS

Ahora que los costes ya se han trasladado a los centros principales o auxiliares de primer nivel, el modelo determina que deben imputarse a las actividades principales desarrolladas en dichos centros todos aquellos costes que no se hayan podido imputar directamente en el paso A.

Teniendo en cuenta las distintas actividades que se toman en consideración, se tratará de utilizar claves de reparto que estén relacionadas con la producción del centro y su relación con la actividad.

D. (NORMA 18ª) IMPUTACIÓN DE COSTES DE ACTIVIDADES AUXILIARES A CENTROS NO AUXILIARES DE ÚLTIMO NIVEL

Las actividades auxiliares generales, cuyos valores de coste son idénticos a los de los centros auxiliares generales, no se han imputado aún a los centros principales. De nuevo es necesaria la búsqueda de claves de reparto.

E. (NORMA 19ª) ASIGNACIÓN DE COSTES DE CENTROS PRINCIPALES, PROCEDENTES DE ACTIVIDADES AUXILIARES A ACTIVIDADES PRINCIPALES

Los costes anteriormente repartidos deben formar parte de las actividades principales, utilizando el mismo criterio de reparto ya usado en el caso de los costes primarios de esos centros.

F. COSTE OPERATIVO

La suma de los distintos costes calculados para las actividades, nos ofrece el coste operativo de estas sin tener en cuenta la repercusión de los gastos de estructura.

G. (NORMA 21ª) ACTIVIDADES DAF A PRINCIPALES

El coste anterior se completa con las imputaciones de actividades de tipo directivo y asimiladas. En este caso se calcula previamente el coste, determinando una lista de costes a imputar, que no pertenecen en particular y de manera directa o indirecta a ningún servicio de acuerdo con ese criterio —normalmente, en los entes con presupuesto limitativo, se encuentran en el área de gasto 9—. Se utilizan claves de reparto relacionadas que se reparten entre los servicios finalistas, normalmente de acuerdo con el volumen de gasto de cada uno. Esa cifra se repartirá entre las actividades, por lo general con una clave de reparto que mantenga esta asignación por volumen de gasto, pero cabrían otras.

H. INDICADORES

La RECA determina que de manera obligatoria se definan indicadores, como herramienta para ayudar a tomar decisiones en la gestión del servicio, formando un cuadro de mando de las diversas áreas a tener en cuenta. Deberían estar relacionados con los objetivos del servicio[b]:

- Coste por día de suministro = coste total / nº de días año.
- Coste medio por trabajador = coste total de trabajadores / jornadas equivalentes.
- Coste medio de producción de agua = coste de producción / m^3 producidos.
- Ratio de Capacidad utilizada = m^3 consumidos / m^3 producidos × 100.
- Consumo total por habitante = Agua suministrada en un año / Población censada / 365. Se expresa en litros / hab. / día.
- Consumo total por vivienda / empresa = Agua suministrada en un año / Núm. viviendas o empresas / 365. Se expresa en litros / hab. / día.
- Consumo total por contador = Agua suministrada en un año / Núm. contadores / 365. Se expresa en litros / hab. / día.
- Ratio de consumo residencial = Consumo registrado para uso residencial / Agua suministrada × 100. Se expresa en %.
- Ratio de consumo comercial = Consumo registrado para uso comercial / Agua suministrada × 100. Se expresa en %.
- Ratio de consumo público o institucional = Consumo registrado para uso público agua suministrada × 100. Se expresa en %.
- Ratio de consumo industrial = Consumo registrado para uso industrial / Agua suministrada × 100. Se expresa en %

[a] Informe de 27 de abril de 2017, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de Fiscalización de la gestión y control de las concesiones de servicios públicos, de obras públicas y de los cánones y otros ingresos derivados del aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público en el Ayuntamiento de Madrid vigentes en los ejercicios 2014 y 2015.

[b] Se recogen aquí algunos, pudiendo ampliarse la información en el documento de MARTÍNEZ ALZAMORA, Fernando; FERRER POLO, José y CORTES MAHECHA, Jorge (2007), que propone un conjunto de ellos en consonancia con los recomendados por la IWA (International Water Association) desde el año 2000.

2.2.2.2. Amortización y costes de renovación de los activos

Es preciso que la totalidad de los bienes afectos al servicio sean tenidos en cuenta, valorándose por su coste de adquisición, de producción o por su valor razonable según el modo de adquisición. Se considera activo, de acuerdo a la normativa contable, «todo bien o derecho integrado como tal en la contabilidad de la entidad, sea o no de su titularidad, del cual se espera que en un futuro contribuya directa o indirectamente a la consecución de los objetivos que constituyen su actividad». Entre ellos han de figurar también las infraestructuras destinadas al uso general.

Una de las principales ventajas que doctrinalmente se atribuyen a la colaboración público-privada en general y a los modelos concesionales en particular es su capacidad de solucionar la necesidad de realizar inversiones elevadas por los entes públicos, sin que el endeudamiento generado por la generación del activo compute como pasivo en el ente local.

En el caso del servicio domiciliario de agua potable, la reposición de los activos necesarios para la prestación de este servicio no debería ser una razón para su externalización, puesto que, si los cálculos de la Ordenanza que establece los precios de suministro se realizan según lo previsto en el artículo 20 LRHL, se debe tener en cuenta en el coste del servicio la cantidad destinada a la amortización de los bienes necesarios para la producción del servicio. Y respetando las directrices que se derivan del cumplimiento del principio de sostenibilidad presupuestaria, entre los compromisos futuros del ente, si quiere mantener su nivel de prestaciones, debería estar la adecuada previsión de las necesidades de reposición de capital, planificando en el tiempo los importes asociados a la reposición de los activos.

La normativa contable pública establece en sus diversas instrucciones que, para el cálculo de la amortización, deberá tenerse en cuenta la vida útil del bien, que en todo caso depende de aquel que lo está utilizando. Los criterios de cálculo de las amortizaciones han de aprobarse en cada entidad por el Pleno, sin que exista ninguna obligación más allá del respeto a la vida útil del bien, referencia absolutamente subjetiva, que depende de la estimación de su propietario, como se ha indicado.

La regulación fiscal contenida en el artículo 12 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades (LIS), para las empresas de carácter mercantil, únicamente puede tomarse como orientación y no como mandato. Por esta razón, las amortizaciones en el sector público, cuando se regulan, se hacen de manera muy simplificada, tomando normalmente unos plazos muy amplios de vida útil del bien y agrupando los bienes en menos clases, incluso, que en la normativa privada. Se suele agotar la capacidad productiva del bien hasta su límite físico,

sin que las cantidades que se amorticen cada año sirvan para nada más que para cumplir con la normativa contable porque no es posible el uso de su importe como beneficio fiscal en el impuesto de sociedades, del que los entes locales están exentos, y porque no se contempla en la normativa local ninguna afección de su importe dentro del remanente líquido de tesorería como financiación en el momento en que sea necesaria la renovación del activo. De esta manera, al comparar procesos productivos públicos y privados, más en casos como el del suministro domiciliario de agua potable en los que el uso de bienes de capital y su necesaria reposición suponen unas elevadas cifras dentro de las necesarias reposiciones del servicio, los públicos se ven beneficiados con unas cifras de coste menor.

Para poder hacer comparaciones efectivas, deben tenerse en cuenta reglas homogéneas en lo que a servicios que pueden ser objeto de explotación se refiere, o corregir estas desviaciones de manera previa a la comparación de procesos. Las Administraciones, por no hacer una adecuada planificación de la renovación de sus activos de capital, solo proceden a realizar este tipo de actuaciones en casos de obsolescencia absoluta, deterioro total o imposibilidad de que el bien continúe realizando sus funciones. Esto supone enfrentarse a decisiones sobre el desembolso de una cantidad muy importante, en muchos casos a gestores que no han tenido conocimiento del estado de uso o situación técnica de los bienes, y encuentran por lo tanto, en el momento de plantearse el problema de la reposición, un margen de maniobra muy escaso.

Para evitar este tipo de situaciones, cuando se realiza el cálculo de la amortización, no solo debe determinarse la cantidad que anualmente hay que tener en cuenta como coste de depreciación del activo —que como hemos indicado debería ser lo más similar posible a las dotaciones que se realizan en el ámbito privado—, sino también el momento en que ese activo habrá de ser renovado, sin que tenga que depender de la voluntad del gestor de cada momento, salvo que esta sea no continuar con la prestación del servicio —actuación que legalmente no es posible para el servicio del suministro domiciliario de agua potable—. De esta manera y determinada de oficio, se dispondrá de la planificación de una suerte de inversiones obligatorias para los próximos veinte o treinta años, que debería condicionar cualquier decisión de gasto del ente, ya que han de ser considerados como compromisos futuros a tener en cuenta, para los que es preciso contar con la adecuada financiación. Esta planificación debe ser pública, de manera que sea conocida por cualquier gestor que tenga interés en ponerse al frente de las decisiones del servicio y también de la entidad, ya que recorta de manera importante las posibilidades financieras de nuevos proyectos.

Debe garantizarse, por tanto, la necesaria renovación de los activos, de lo que es en parte responsable el propio diseño de la contabilidad pública y la normativa presupuestaria, que permiten sin ningún límite la aplicación de los remanentes líquidos de tesorería generados con los ingresos por el concepto de amortización que se reciben en los entes públicos. Cerrar los ojos a esta realidad lleva a que —dependiendo de las posibilidades del acceso al endeudamiento de las que el ente pueda disponer en un momento determinado— sus necesidades de inversión lo aboquen a una CPP en la que las posibilidades de obtener una financiación mejor que la propia son inexistentes, sobre todo si no se estudia suficientemente la figura, dada la premura con la que se trabaja en los entes locales y su incapacidad para la anticipación de este tipo de problemas.

Es complejo realizar esta planificación a largo plazo, que para ser completamente ajustada a la realidad debería realizarse con el coste de reposición, y no con el de adquisición, y que, en todo caso, debería ser susceptible de revisión, ya que el progreso tecnológico determina en el momento en el que se realiza el expediente, las concretas características del bien a adquirir. Pero disponer de un documento que evaluara esas necesidades futuras de financiación, sería muy importante para completar los análisis de sostenibilidad necesarios de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.3 LOEPSF, puesto que los gestores, en el momento de establecer nuevos servicios o en el de utilizar los remanentes, no pueden desconocer que han de mantener el nivel de calidad de los servicios que están prestando, que son muy variados, por lo que la sostenibilidad, al tener que ser evaluada en su conjunto, presenta mayores dificultades en un ámbito tan plural como es el presupuesto local.

A la problemática de la falta de planificación futura, se une un hecho que el informe de la Cámara de Cuentas de Madrid ya citado, pone de manifiesto: una carencia generalizada en el ámbito local de inventarios, y lo que es peor, no solo no existe una completa relación de los bienes que están afectos a la prestación del servicio, sino que tampoco es adecuada la valoración de los bienes que en ellos constan, ya que muchas veces la totalidad de la red de distribución o de las vías de competencia local figuran en un único asiento, con un importe ridículo en relación con su valor real.

2.2.2.3. Imposición asociada a la prestación del servicio

Teniendo en cuenta el objetivo necesariamente generalista de este Manual, en este apartado no se analiza en detalle la imposición asociada a la prestación del servicio, sino que se concretan unas conclusiones en

relación con la aplicación de estos impuestos en determinadas situaciones, dirigiéndose al lector a doctrina especializada, como la de Soto A. y Pérez P. A. (2019).

Impuesto sobre el Valor Añadido

Por diversas razones, la actividad económica de los entes públicos está sujeta al IVA, como ha reconocido de manera reiterada la doctrina del TJUE[5], y en el caso del suministro domiciliario de agua potable, no existe duda de su sujeción, al recogerlo la LIVA de manera expresa en el artículo 7.8.º F) b'), que alude a las actividades de distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.

No existiendo cuestión por lo tanto en relación con ese tema, sí queremos detenernos en la reciente modificación de la LIVA por la LCSP (disposición final décima apartado Dos). Como consecuencia de ella, han dejado de gravarse las subvenciones vinculadas al precio y las aportaciones dinerarias procedentes de una Administración Pública para la financiación de la prestación de servicios públicos, el fomento a la cultura y determinadas actividades de interés general. De esta manera, y sin tener en cuenta el tercero que recibe los fondos, que puede ser una personificación del sector público, un concesionario o una sociedad de economía mixta, la interposición de un tercero entre la Administración titular y el usuario —que es el contribuyente último de la prestación y por lo tanto quien pagará el impuesto en el caso del agua, ya que siempre existe abono[6]— disminuye el coste final a pagar por ése, al eliminar de la base imponible parte de su coste, reduciendo los ingresos de la hacienda estatal. La regulación fiscal parece incentivar en este momento, frente a la gestión directa por la Administración, cualquiera de las demás formas de gestión, ya que el coste final a abonar será menor, en la medida en que un ente público sufrague parte de la prestación.

El efecto de esta modificación es la reducción de la base imponible sobre la que debe calcularse el impuesto, manteniendo no obstante la

[5] Son ilustrativas a este respecto las conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Juliana Kokott en el Asunto Borsele C-520/14, acogidas en la STJUE de 12 de mayo de 2016.

[6] Podría darse la situación incluso de que el tercero interpuesto recuperara de manera total el impuesto soportado, siempre que fuera la Administración la que lo financiara con su presupuesto.

sujeción, por lo que sigue manteniéndose también el derecho a la deducción de las cuotas soportadas en la adquisición de bienes y servicios destinados a la actividad pública.

Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

El artículo 7.9.º LIVA determina que no están sujetas al impuesto las concesiones y autorizaciones administrativas, con excepción de las siguientes:

a) Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario.

b) Las que tengan por objeto la cesión de los inmuebles e instalaciones en aeropuertos.

c) Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias.

d) Las autorizaciones para la prestación de servicios al público y para el desarrollo de actividades comerciales o industriales en el ámbito portuario.

Por otra parte, el artículo 7.1.B LITPAJD sujeta a gravamen las concesiones, disponiendo el 13.2 de esa misma norma que:

> Se equipararán a las concesiones administrativas, a los efectos del impuesto, los actos y negocios administrativos, **cualquiera que sea su modalidad o denominación**, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares.

Los conceptos de concesiones en ambas normas han de considerarse equivalentes, por coherencia del sistema impositivo, por lo tanto, en cualquier caso en el que exista un desplazamiento patrimonial, tanto de bienes afectos como de bienes demaniales, a cambio de una remuneración o canon, que no está sujeta al IVA, se tributará ITPAJD.

El artículo 13 LITPAJD contiene las reglas para la determinación de la cuota en el caso de las concesiones administrativas (apartado ter-

cero) y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo[7], como norma general, **el valor real del derecho** originado por la concesión se fijará del siguiente modo:

A) Si se señala en el PCAP una cantidad total a abonar a la Administración como *precio* o canon que debe satisfacer el concesionario, por el importe de esa cantidad.

B) Si se señala en el PCAP un canon, precio, participación o beneficio mínimo que debe satisfacer el concesionario periódicamente, y la duración de la concesión es inferior al año, por la suma total de las prestaciones periódicas. Si la duración es superior al año, capitalizando al 10% la cantidad anual que satisfaga el concesionario.

A esa base, se le aplicará un tipo del 4%, sin que sea necesario, de acuerdo con la interpretación del Tribual Supremo, que exista una tasación pericial contradictoria, «ya que la Administración (Tributaria) no hizo una previa valoración inicial de los bienes, discrepante de la contenida en la autoliquidación».

Tasas y precios públicos

Reflexión sobre l**os contratos de concesión del servicio de suministro domiciliario de agua potable y su financiación.** Ingresos a percibir relacionados directamente con la recepción de la prestación pública: tasas y precios públicos.

Siguiendo a Pugliese[8], pocos son los campos de la ciencia de la Hacienda, del Derecho financiero y del Derecho administrativo en los que estén presentes disidencias e incertidumbres más vivas que en el ámbito de las tasas, afirmación que en este momento y a pesar del tiempo transcurrido, sigue siendo cierta.

El principio de contraprestación se afianza en derecho fiscal en su formulación más primitiva del principio del beneficio, que más recientemente ha llegado al denominado principio de provocación del costo. La equivalencia del ingreso y el gasto de la administración, el prorrateo de los costes de dicha actividad entre la población de usuarios y el

[7] STS de 19 de octubre de 2005 (recurso 7810/2000), precisamente en un supuesto de suministro domiciliario de agua potable.

[8] *Istituzioni di diritto finanziario: diritto tributario* (1937).

fundamento de la exacción en ese beneficio o especial aprovechamiento de quien recibe la prestación, son todas diversas justificaciones de una única realidad. Subyace en la concepción fiscal que los ciudadanos paguen al Estado en proporción al beneficio que obtienen de los servicios prestados por el mismo o del coste que supone su prestación. Estamos hablando de las tasas y los precios públicos (y las contribuciones especiales).

Son estos un tipo de ingresos asociados directamente a la recepción de un servicio que se presta por la entidad local. Sin ánimo de abordar de manera exhaustiva ni su caracterización ni su naturaleza, su finalidad —según los concibe la LRHL en la línea con la concepción señalada en el párrafo anterior— **es que financien completamente el coste del servicio para el que se establecen**, como así puede deducirse de los arts. 20 y 24 de esa norma, por lo que su existencia y establecimiento se justifica por el principio del beneficio. Por esta razón, se caracterizan por ser ingresos específicos, cuyo fundamento se encuentra, no en la capacidad económica del sujeto, sino en la recepción por su parte de una actuación municipal. Esto no significa que sean ingresos afectados, por lo que la entidad no debe controlar contablemente el destino de la recaudación por estos conceptos, si bien sí es importante la determinación del margen de cobertura de los costes del servicio.

La diferencia más importante entre ambos tipos de ingresos, tasas y precios públicos, desde un punto de vista de su definición, es que las tasas han de cubrir *como máximo* el coste del servicio (art 20.1 LRHL) y los precios públicos lo deben cubrir *como mínimo* (art 24.1).

Parece que, dando cumplimiento a estas premisas determinadas por la norma para el establecimiento de las tasas y los precios públicos, no serían necesarios otros ingresos para financiar los servicios que prestan los entes locales que estos específicos (tasas y precios públicos), **ya que con ellos el coste de los servicios debería estar como mínimo cubierto en todo caso** e, incluso, podría existir financiación superior al coste en el caso de los precios públicos.

Sin embargo, la estructura financiera del presupuesto de ingresos se apoya principalmente en otras fuentes, siendo necesario complementar estos ingresos específicos con otros generales para lograr la sostenibilidad del presupuesto de ingresos municipal. Las razones que explican la necesidad de que existan estos otros ingresos son varias:

a) La primera está en la propia norma, y es posible su explicación de acuerdo con criterios fiscales. Existen determinados servicios para los que la LRHL **prohíbe la exigencia de ingresos** a los ciudadanos a cambio de su obtención, bien porque se quiere ga-

rantizar el acceso universal a ellos, bien porque en ocasiones es difícil estimar el beneficio individual que obtiene el ciudadano por su prestación. Esos servicios están relacionados en el art 21.4 LRHL.

b) La segunda razón es la interpretación del modelo legal, que se ha venido realizando sistemáticamente en los entes locales desde la promulgación de la LRHL y que convierte en regla general lo que debería ser una excepción. Esto es, a pesar de la regla general que figura en la LRHL y que, como se ha comentado, es la de financiación completa del servicio a través de estos ingresos asociados a la prestación del mismo, la propia norma permite que tanto tasas como precios públicos se **establezcan de manera excepcional por debajo del coste del servicio por el que se exigen**, en cada caso por distintas razones:

— Las tasas, únicamente apelando a razones de capacidad económica de aquellos que están destinados a abonarlas. En consecuencia, la regla general será establecer una cuantía para la tasa que cubra el importe del servicio recibido, y en los casos de determinados grupos para los que se acredite en el expediente que su capacidad económica es inferior, cabrá la fijación de tasas inferiores a la general.

Por lo tanto, una gestión de ingresos que establece, con carácter general para todos aquellos que van a abonar la tasa, un importe inferior al que el informe económico financiero haya determinado como cantidad que hace realidad que se cubra el coste del servicio, no respeta la norma. Esto es, el informe, obligatorio en el establecimiento de este tipo de ingresos, debe poner de manifiesto el precio real del servicio para un usuario de capacidad económica normal, resultante de repartir el coste calculado de acuerdo con lo previsto en el art. LRHL entre los distintos grupos de usuarios que hacen uso del servicio. Por ejemplo, en la tasa por recogida de residuos sólidos, los distintos grupos, entre los que el reparto del total no tiene por qué ser a partes iguales ya que el coste no es igual para cada tipo de residuos, pueden ser los domicilios, los servicios de restauración, las industrias, los comercios, entre otros, y dentro de esos grupos se puede hacer el reparto por igual o por intensidad de uso. A partir de ese reparto general, y de los distintos importes que cubren el coste del servicio según las estimaciones de usuarios que existirán

en el ejercicio, cabe el establecimiento de importes inferiores para aquellos usuarios cuya capacidad económica es inferior a la media: pensionistas, parados de larga duración, familias monoparentales, familias con rentas por debajo de una referencia, entre otros.

Lo que no sustenta la norma es una práctica relativamente frecuente en nuestros municipios que consiste en reducir un porcentaje de los costes que han de repartirse entre los usuarios del servicio, de manera que se corrige la cantidad íntegra después de sumar todas las cantidades que forman parte de él, y se divide entre los usuarios solo un porcentaje del total, de manera que nunca se alcanzaría a cubrir el coste del servicio con lo que se recauda por la tasa, aun sin tener en cuenta las diversas situaciones de capacidad económica de los usuarios, suponiendo para todos una tarifa plana, tengan o no tengan la misma capacidad económica, como si todos los ciudadanos tuvieran la misma e inferior a la que cabe considerar media o normal.

— Los precios públicos pueden exigirse por debajo del coste, siempre que en el expediente se acrediten las razones sociales o culturales que lo motivan. Sorprendentemente, estas razones existen casi siempre que se establecen precios públicos por algún servicio, de manera que una fuente de financiación, que en la regulación legal tiene una naturaleza mixta, tanto de financiación directa como general, al ser posible su establecimiento por encima de los costes, en la práctica ni siquiera llega a cubrir los costes del servicio, al igual que las tasas.

Por esa incapacidad de financiación específica que lastra el presupuesto de los entes locales, el marco de su presupuesto de ingresos debe contemplar fuentes de financiación generales complementarias. El que diseña la LRHL no presenta una ruptura con el previo a su aprobación, en el que ya existían algunos de los ingresos que regula, y trata de conseguir la suficiencia financiera de los entes locales —difícil cuando se asumen competencias más allá de lo establecido en las normas sin la adecuada financiación—, garantizando una cierta autonomía en la fijación de sus ingresos.

Al hilo de estos conceptos básicos en relación con la financiación de los servicios, cabe plantear una reflexión en relación con la financiación del servicio de suministro domiciliario de agua potable, que en la actualidad participa de un modelo mixto ya que, si la prestación la realiza

directamente la Administración con sus propios medios, los ingresos se obtendrán a través de una tasa y, sin embargo, si existe una figura privada que presta el servicio sea o no dependiente de la Administración, la exacción que corresponde es una PPNT.

Esto es así desde la vigencia de la LCSP, y llamamos la atención sobre un régimen a nuestro juicio artificioso y construido con la finalidad de garantizar un flujo económico al concesionario que podría conseguirse sin violentar las categorías del derecho financiero.

La existencia de gestión indirecta en la prestación del servicio **no supone necesariamente que el concesionario deba recibir sus ingresos directamente de los usuarios**, si bien sí es preciso que participe en el riesgo derivado del cobro de las prestaciones que realiza, ya que es uno de los riesgos asociados a la explotación del servicio, que deben trasladarse al concesionario para que podamos estar ante esta figura jurídica.

En caso de que los ingresos, por su naturaleza de públicos, deban figurar en el presupuesto, porque la Administración fuera la única entidad competente para su aprobación y exacción, también sería preciso que figuraran los gastos, puesto que, en caso contrario, existiría un evidente desequilibrio financiero. Cabe comentar que es frecuente pero incorrecto que los entes concesionantes resuelvan expresamente la aprobación de los padrones como ingresos de derecho público, determinando con posterioridad que su cobro se realice por el concesionario. Todos los actos administrativos con trascendencia económica en relación con la ejecución presupuestaria han de tener un adecuado reflejo contable, por lo que, si existe un acuerdo de aprobación de padrón que se califica como tal instrumento, debe plasmarse el correspondiente reconocimiento de derechos presupuestarios en el concepto de ingresos que proceda. Hay ocasiones, porque así lo permite la naturaleza del ingreso, en que este se percibirá por el concesionario directamente, sin que exista ningún reflejo ni en el presupuesto de gastos ni en el de ingresos de las actividades que son objeto de la prestación del servicio, ni acuerdo administrativo de aprobación de cada una de las liquidaciones o del conjunto de estas previo a su exacción —por ejemplo, las compensaciones vía tarifa en el servicio de transportes—.

En cualquier caso, no es incompatible con la existencia de una concesión de servicios que la administración financie parcialmente la prestación a través de una subvención, como ya hemos anticipado al comentar las reglas de cálculo del IVA, que desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico ha previsto normas específicas en relación con la financiación a través de subvenciones de los servicios de competencia pública. Sí es, no obstante, incompatible, que el ingreso a percibir por el concesionario se defina de tal modo que elimine el riesgo

de sufrir pérdidas derivadas de su gestión. Es interesante consultar en este sentido la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 562/2016, de 15 de julio, que anula los pliegos de un contrato de suministro domiciliario de agua potable, por haberse tramitado como concesión de servicios y tratarse de un contrato de servicios, al no existir traspaso del riesgo operacional al contratista. También aborda la importancia del traslado del riesgo de la explotación al adjudicatario la STJUE de 18 de julio de 2007, comisión/Italia c382/2005, que anula el contrato porque afirma que es un contrato de servicios en el que se garantiza un mínimo de ingresos —pago por tonelada más cantidad mínima—, sin inversión inicial y con una revisión de precios muy elevada que cubre la mayor parte de los riesgos.

Suponiendo que nos encontremos ante un contrato real de concesión de servicios en el que existe traslado de los riesgos al concesionario, que asume la posibilidad de pérdidas en su gestión, ha de establecerse el modo en el que se financiará la prestación, teniendo en cuenta esas especiales circunstancias. Antes de la LCSP parecía que había quedado aclarada definitivamente la conflictividad jurídica que concurrió respecto a la calificación del recurso denominado frecuentemente tarifa, que se exigía de los usuarios para la financiación del servicio integral del ciclo agua, cuando el mismo era gestionado por empresas privadas[9]. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2015 (recurso 4091/2013), y la de 24 de noviembre de 2015, declaró que la contraprestación satisfecha por los usuarios por los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado debía calificarse, en todo caso, como tasa, con independencia de que el servicio lo prestara la administración directamente o una sociedad mercantil municipal o privada en régimen de gestión indirecta, ya que la supresión operada por la Ley de Economía Sostenible[10] no había cambiado en modo alguno la doctrina constitucional dictada al respecto, ni la regulación específica de las tasas locales, ni tampoco la consideración del servicio de abastecimiento de agua potable como un servicio público de prestación obligatoria por los municipios.

El criterio de esa Sentencia no era una novedad y en sentencias previas ya se había avanzado la misma idea. Por ejemplo, las STS de 22/05/2014 y de 3/12/2012, que se remitían a la fecha de entrada en vi-

[9] Para una revisión en profundidad de los distintos argumentos de este debate puede consultarse Rodríguez Fernández-Oliva, A. (2013).

[10] El artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, por la disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que suprimió el segundo párrafo de dicha letra hasta el año 2015.

gor de la Ley 25/1998 (1 de enero de 1999) como momento en el que la contraprestación del servicio de abastecimiento de agua quedó establecida como tasa —norma que no ha sido modificada en este aspecto cuando la LES modificó la LGT, por otra parte—. De este modo, entendía el Alto Tribunal —entendemos que con buen criterio—, la modificación de la LGT, que supone la derogación del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, no afectaba a dicho régimen. La propia STS de 23 de noviembre de 2015 afirma que:

> […] antes de que se aprobase la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (se refiere el TS a su Sentencia de 20 de julio de 2009), dijimos con rotundidad que «el servicio de suministro y distribución de agua potable, debe ser objeto de una tasa (art. 20.4.t) LHL) (…); y la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se limita a dejar el concepto de tasa contemplado en la Ley General Tributaria de 2003, tal y como estaba recogido anteriormente en la derogada Ley General Tributaria de 1963, no vemos razones suficientes para modificar aquel resultado hermenéutico».

No obstante, un informe posterior a esa sentencia fechado el 20 de mayo de 2016, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siguió admitiendo que se calificaran como ingresos de derecho privado estas contraprestaciones[11]. Además, puso de manifiesto la existencia de dos votos particulares en la sentencia de 23 de noviembre de 2015, citando además la doctrina contenida en la Sentencia de 28 de septiembre de 2015, que valora un supuesto de servicios funerarios. Aclaramos que no existe ninguna semejanza entre el supuesto de esta segunda sentencia y las del suministro domiciliario de agua potable, al no ser los servicios funerarios en el momento en que se enjuiciaban por el alto tribunal ya objeto de prestación obligatoria por parte de las entidades locales, y por ello, aunque la tramitación a seguir para el establecimiento de su modo de gestión fuera idéntica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 LBRL, estaríamos ante una actividad con contenido económico, y no ante un servicio público. Y la forma de financiación de ambos no tiene nada que ver, ya que las primeras son actuaciones completamente privadas en las que se permite el ejercicio de la iniciativa económica a las Administraciones Públicas, según se prevé en la Constitución.

La reciente aprobación de la LCSP introduce un nuevo elemento a tener en cuenta en el debate, esta vez con rango de ley: el segundo apartado del art 289 recoge claramente la tesis de la Administración tribu-

[11] http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Tasa%20agua.pdf

taria, en un ejemplo más de actuación cuya materia debería estar reservada a la legislación fiscal y no regularse en la contractual, puesto que entra en la definición de la naturaleza de los ingresos de las administraciones, y califica sorprendentemente las prestaciones pactadas en las concesiones de servicios como tarifas, dándoles en todo caso naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

Consciente el legislador de la clara extralimitación de la norma contractual, en la Disposición final duodécima, introduce una modificación de la LRHL añadiendo un nuevo apartado 6 al artículo 20, en los siguientes términos:

> Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada **de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta**, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.
>
> En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de *concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado*.
>
> Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante **ordenanza.** Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.

Con este cambio normativo, la regulación positiva se acaba finalmente por imponer a los sólidos fundamentos del Tribunal Supremo, basados en consideraciones relativas a la naturaleza de la contraprestación en el caso del suministro de agua potable, incardinándola en las categorías que sin discusión conforman el ordenamiento jurídico fiscal. En este momento, la norma otorga una denominación a un ingreso que no se corresponde con su finalidad, y mantiene el planteamiento ampliamente criticado que admite que la naturaleza del gestor interpuesto decida sobre el carácter de la contraprestación que distintos ciudadanos aportan, por recibir un mismo servicio, mínimo, obligatorio y esencial, cuando en realidad, la titularidad del servicio en todo momento pertenece a la Administración.

A nuestro juicio, como indicábamos al principio de este apartado, y tras hacer este recorrido por la historia reciente de la contraprestación y sus principales consideraciones doctrinales, no es necesario desdibujar las categorías del derecho tributario para adaptarlas a un sistema que no corresponde a su naturaleza, en servicios con las características del suministro domiciliario de agua potable, con el fin de conseguir una adecuada financiación de quienes prestan el servicio. Para ello deberá trasladarse el problema al campo del derecho presupuestario, y buscar soluciones entre las posibilidades de gestión del presupuesto público de gastos e ingresos. Es seguro que puede encontrarse un modo que permita que aquellos terceros que sean concesionarios porque realmente estén asumiendo el riesgo de la explotación, obtengan una retribución por su prestación basada en el uso de esta, sin que sea necesario que esa retribución la recaude el propio concesionario para que esté relacionada con la recaudación de una tasa. Lo que no es posible es que la realice él en este caso, por la propia naturaleza del ingreso. No existe ninguna obligación de que sean los usuarios los que directamente abonen esa tasa al concesionario, sino que basta con que se traslade el riesgo de impago en la fórmula que determine su cobro —Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08, caso Gotha—. Y evidentemente no es posible permitir que el servicio, de primera necesidad y de general acceso, se pueda cortar por impago de la tasa, ya que para eso el procedimiento recaudatorio tiene los mecanismos que permitirán la afectación de los bienes necesarios para hacer frente a la deuda. Para el TJUE la existencia de pago por el usuario es indicio de existencia de un contrato de concesión de servicios, pero no es determinante: lo afirma así la STJUE de 11 de junio de 2009, y la de 10 de marzo de 2011 admite incluso que lo abone un tercero que no sea el usuario. El IJCCA 22/2009 de 25/09 únicamente exige que, para que exista la concesión, el importe del contrato esté vinculado con el rendimiento obtenido de explotar el servicio.

Si se respetan las definiciones que para los distintos ingresos municipales recoge la LRHL, y se admite que ningún usuario del servicio conceptualmente puede abonar por ese servicio esencial un importe que en su conjunto supere el del coste de la prestación, deberá arbitrarse un sistema para que la Administración sea quien retribuya al concesionario, en el que será fundamental la existencia de crédito en la aplicación correspondiente, sin que se destine a otras atenciones. Esto puede lograrse a través de modificaciones presupuestarias identificando la aplicación de gastos como susceptible de ser ampliada, asociando las alzas en su importe a un concepto de ingresos, de manera que se garantice que el concesionario siempre va a cobrar de la Administración la contraprestación

pactada, cada vez que se recaude la tasa asociada a la financiación del servicio.

Esto tampoco quiere decir que deba abonársele todo lo recaudado, ya que, como hemos indicado, en la tasa se incorpora una parte que debe destinarse a cubrir la amortización de los bienes de activo, cuyo fin es la realización de las necesarias obras de renovación de dichos bienes, que por tratarse de inversiones, no debería realizar el concesionario de servicios, salvo que esté así previsto en el anteproyecto de explotación del servicio, con total detalle de su alcance y definición. Y aun así, se desaconseja esta práctica, salvo que en la licitación se realice una oferta de baja a esas obras, ya que los encargos posteriores se producen en la mayor parte de las ocasiones entre empresas del grupo, que no ofrecen el trabajo a precios de mercado.

La posibilidad de modificar el presupuesto de gastos para que en todo momento exista crédito disponible para realizar los pagos necesarios para la financiación del servicio, cada vez que existan nuevos derechos que recaudar, hace que carezca de importancia quién recaude el ingreso, ya que lo que debe tener trascendencia es garantizar que el contratista obtiene los flujos de fondos que espera de acuerdo a su proyecto de explotación, no qué sujeto realice esos ingresos, ni quién está facultado en derecho para recaudarlos.

2.2.3. El necesario control de los entes dependientes de acuerdo con lo previsto en la LRJSP

La LRSAL tenía como finalidad acabar con el desmesurado crecimiento del sector público local y para ello estableció determinadas reglas que obligaron a una primera selección de entidades viables, modificando la LBRL e introduciendo la Disposición adicional novena, con la denominación de «Redimensionamiento del sector Público Local»[12]. Algunas de ellas tenían vigencia temporal y se agotaron con su aplicación puntual, y

[12] Es importante tener en cuenta que, según el Informe del Tribunal de Cuentas 1282, de 28 de junio de 2018, conclusión 51, durante el ejercicio 2016 existieron al menos 46 empresas públicas «en disolución» y 19 con el estado de «sin actividad», representando en su conjunto un 7% del total de entidades dependientes utilizadas. Diez de las 46 y 15 de las 19 venían arrastrando esa situación desde al menos el ejercicio 2013, por lo que las medidas recogidas en la LBRL están tardando años en ejecutarse. La conclusión 55 del Informe citado señala que en 2016 el 28% de las sociedades mercantiles dependientes y EPEs analizadas presentaron resultados negativos en sus cuentas de pérdidas y ganancias, habiendo obtenido ya en 2015 los mismos resultados negativos el 68% de las analizadas.

por ello la LRJSP estableció un modelo de control de los entes vinculados o dependientes, **determinando de modo expreso y con carácter básico la obligatoriedad de su existencia y de que concluya con una propuesta expresa en orden a decidir sobre su mantenimiento o su extinción.**

En un contexto de crisis y sabiendo que se debe administrar unos recursos escasos, la gestión debe orientarse a sacarles el máximo partido, a ser más eficiente. **La eficiencia trasciende al momento de establecimiento del servicio o, en su caso, a la justificación de la creación del ente vinculado o dependiente y constituye un parámetro que debe ser controlado de manera permanente, para determinar el mejor modo de prestación del servicio y proponer las actuaciones necesarias para su mejora o modificación.**

El limitado alcance temporal de la mayor parte de las medidas de la LBRL, que solo fueron eficaces para eliminar del sector público local a un pequeño grupo de entidades, fue solucionado por la LRJSP, que recoge un sistema general y obligatorio de control que cuestiona la necesidad de la subsistencia de los entes dependientes o vinculados de manera periódica. Los artículos de esta Ley en los que la búsqueda de la eficiencia en la actividad administrativa se refleja con más fuerza en su redacción son los relativos a las entidades dependientes, cuyo régimen general se recoge en su título II, estableciéndose cautelas tanto para su creación como para su control, en un intento de lograr que su número no sea elevado[13]. Las normas se recogen en el Capítulo I del título II de la LRJSP. El primero de sus artículos afirma expresamente, aunque ya la LOEPSF lo había hecho, la necesaria sujeción del sector público institucional a los principios de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y al de transparencia en la gestión. En particular destaca la sujeción en materia de personal, con alcance general independientemente de su tipología, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales.

Con carácter de norma básica, el art 81.2 LRJSP establece un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas, a las que obliga a establecer un **sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes**, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá in-

[13] Desde el ejercicio 2009, como se ha señalado, son constantes las recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas. En sus Informes sobre el sector público local se incidía en la necesidad de limitar por Ley su creación y establecer mecanismos que obligaran a extinguir las menos eficaces, alertando sobre la excesiva dimensión del sector público local.

cluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.

Para definir ese sistema en relación con cada uno de los entes que integran la Administración local, y puesto que, como hemos afirmado con anterioridad, parte de la regulación no básica de la LRJSP es supletoria de la local para determinados organismos, procede examinar el sistema que se establece en el caso del Estado y sus entes dependientes. En ese ámbito, las entidades integrantes del sector público institucional están sometidas al control de eficacia —control que ya recogía la LOFAGE—, y además están bajo la supervisión continua del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que realizará un triple control, del que dos de los aspectos a comprobar son básicos: la **subsistencia** de los motivos que justificaron su creación y **la sostenibilidad financiera de la entidad.** El tercero **consiste en el análisis de si concurre la causa de disolución** prevista en la LRJSP referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos. Este tercer control sería también necesario, en el caso de OOAA y EPES, por la supletoriedad de la regulación estatal, y en el de Consorcios, por su carácter básico, por lo que lo más racional es incluirlo también en la norma que apruebe el sistema de supervisión continua del sector público institucional en el ámbito local.

El resultado de esa evaluación ha de materializarse en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, según las conclusiones que se hayan obtenido, podrá contener recomendaciones de **mejora o una propuesta de transformación o supresión del organismo** público o entidad[14]**.**

Se trata, por lo tanto, de revisar periódicamente la gestión de los servicios municipales para determinar si se están prestando del mejor modo posible y además si las entidades que los gestionan son sostenibles.

---

[14] En relación con estas propuestas que se pueden formular para la gestión más eficiente de los entes públicos, es interesante el contenido del artículo 95 Ley 40/205 sobre la gestión **compartida de servicios comunes** —gestión de bienes inmuebles, sistemas de información y comunicación, asistencia jurídica, contabilidad y gestión financiera, publicaciones y contrataciones— cuya organización se coordinará en un único centro. Se regula en el capítulo III, artículo 95, por lo que es de directa aplicación a los organismos autónomos y EPES, y puede entrar fácilmente dentro de cualquier paquete de medidas de racionalización del gasto, estableciendo que las compras de servicios y suministros corrientes para todos los entes que forman parte del mismo sector público local, centralicen ese tipo de gastos en un departamento común, lo que supondrá no solo mejores precios por realizar pedidos de mayor cuantía, sino un ahorro considerable de tiempo en la gestión de este tipo de contratos.

La Ley 40/2015 determina para la AGE qué sujetos han de realizar **esos dos tipos de evaluaciones** —el control de eficacia y la supervisión continua—. Distingue a nivel estatal entre **la supervisión continua** del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que se realizará a través de la IGAE, y el control de eficacia, que se atribuye al Departamento al que estén adscritos los entes instrumentales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 LRJSP.

En el ámbito local, estos controles podrían realizarse del siguiente modo:

a) El control de **eficacia** se **realizaría por parte del centro gestor** del ente principal al que está adscrito o vinculado el ente instrumental, de acuerdo con los datos que tenga de cumplimiento de su plan de actuación. Serían las áreas de la entidad local que tienen las atribuciones para supervisar las actuaciones del ente dependiente o vinculado de que se trate, en relación con la actividad local que está desarrollando, y que materialmente conocen el contenido de la prestación y el alcance de las actuaciones que debe llevar a cabo ese ente dependiente.

b) La **supervisión continua** atribuida al MHAP debería quedar encomendada en los entes locales, a la vista del contenido que recoge para ella la LRJSP, a la Intervención General de cada ente local, de acuerdo con las funciones que legalmente tiene establecidas (art 220 LRHL), ya que esas actuaciones abarcan:

   — El control de **eficiencia,** que comprenderá tanto la comprobación de que sigue existiendo necesidad de mantenimiento del ente en funcionamiento como la acreditación de que sigue siendo el mejor medio para conseguir el fin para la que se creó.
   — El control de estabilidad presupuestaria del ente y su sostenibilidad.

A la vista del contenido de las funciones del órgano de control interno en el RDCISPL, que se desarrollarán más adelante, hemos de señalar que el control permanente, tal y como se define en el artículo 85 LRJSP, es una actuación con un alcance **más amplio** que el que deben realizar los órganos de control interno de manera obligatoria como parte de las funciones que legalmente tienen encomendadas. Sin perjuicio de que existan zonas comunes carece, entre otras diferencias, de la periodicidad anual del control financiero y es, a su vez, más concreto en el sentido de que

fija determinados extremos que han de verificarse para pronunciarse sobre ellos:

- En primer lugar ha de realizarse un análisis de la **sostenibilidad financiera de la entidad.** El artículo 4 de la LOEPSF (en redacción dada por la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio) regula la sostenibilidad financiera, determinando que se entiende por tal 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 la LOEPSF, la normativa sobre morosidad y la normativa europea. En el caso concreto de la sostenibilidad de la deuda comercial, la norma marca que se cumple cuando el indicador denominado periodo medio de pago a los proveedores[15] no supera el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad. El examen de sostenibilidad ha de contemplar **la situación de la entidad en su conjunto ya que no existe ninguna combinación en la financiación de los servicios que aisladamente garantice que la totalidad de la Hacienda local será sostenible,** sino que la suma de cada una de las financiaciones de los servicios prestados, tal y como se han definido por la organización, será o no asumible dentro de la estructura financiera de la entidad local.

- Además, junto con ese control financiero o de sostenibilidad, es necesario analizar también **la subsistencia de las circunstancias que determinaron la creación de cada entidad**.

- Y, por último, pero no menos importante, si concurre la causa de disolución relativa al incumplimiento de los fines que ampararon su creación o la falta de acreditación de ser el mejor medio para lograrlos (necesidad e idoneidad). Nos movemos en este caso en el ámbito de **la valoración de la eficiencia** en la

[15] La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, introduce el concepto de periodo medio de pago como expresión del tiempo de pago de la deuda comercial. En el RD 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se desarrolla la metodología de cálculo de este, así como su publicidad y las condiciones para la retención de los recursos de los regímenes de financiación general de los entes previstos en la normativa.

asignación y utilización de los recursos públicos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.3 LOEPSF.

El ente local debería determinar a través de un acuerdo plenario el modo en el que va a organizar ese sistema de supervisión continua de sus entes dependientes, ese control permanente, de acuerdo con lo previsto con carácter básico en la LRJSP, atribuyendo en su caso a la intervención general las actuaciones que considere necesarias, para que esta, al aprobar su Plan de control financiero anual, tenga en cuenta el mandato del Pleno, y pueda ejecutar este control de manera simultánea con el obligatorio establecido en el RDCISPL.

2.3. Actuaciones a realizar por los órganos de control interno de los entes locales

Los órganos de control local cuentan desde julio de 2017 con el RDCISPL para clarificar y regular las atribuciones que las normas les encomiendan, que distingue claramente las que deben ser realizadas en ejercicio del control de legalidad previo a la toma de decisiones de gestión presupuestaria que constituye la función interventora, de la revisión de la eficiencia y eficacia en esa gestión a través del control financiero. Línea que posteriormente se ha recogido en el artículo 4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Revisaremos ambos tipos de controles de manera separada.

2.3.1. Función interventora

2.3.1.1. En relación con las reinternalizaciones de servicios. Casos de prestación directa de los servicios de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 LBRL

Como ya se ha comentado anteriormente, debe tramitarse un expediente en el que se valoren las cuestiones relativas a la eficiencia y la sostenibilidad que exige el artículo 85 LBRL, con el fin de determinar una nueva forma de gestión para el servicio. En él entendemos que deberán compararse todas las formas de gestión posibles según esa norma, y no solo la actual y la que se propone como más adecuada, porque no es posible saber cuál es la mejor de entre ellas si solo se comparan dos, ya que ese planteamiento, predetermina y anticipa la conclusión de un ex-

pediente que es preceptivo tramitar precisamente con el objetivo de poder concluir cuál es, de entre todas las posibles, la más sostenible y eficiente. No estamos de acuerdo por ello con el planteamiento de Sánchez Lerma (2018) en cuanto al ámbito limitado de contraste del expediente, aunque sí consideramos adecuado el contenido que para él describe:

> Este informe debe contemplar escenarios a medio plazo en ambos casos (comparativa de pasado y futuro) así como las implicaciones que la decisión pudiera traer a efectos de estabilidad presupuestaria en la situación económico financiera de la Administración actuante […] El criterio de eficiencia nos lleva, por otra parte, a vincular el coste económico con el adecuado estándar de calidad del servicio y a contemplar las consideraciones sociales y medioambientales de la decisión.

Este expediente ha de finalizar con un acto administrativo que declare cuál es la fórmula más adecuada. El alcance y contenido de este acuerdo es fundamental para determinar la necesidad de que se ejerza por el órgano de control la función interventora de manera previa a su adopción o no.

Sería posible, incluso, plantearse si en algunas ocasiones el acuerdo puede ser obviado. Esto es, en los casos en los que exista una gestión indirecta por medio de una concesión de servicios, una vez finalizado el plazo de esta, sin necesidad de nuevo acuerdo, se extinguirá por cumplimiento el contrato, y los bienes entregados al concesionario y cualquier otro que pueda estar afecto a la prestación, revertirán a la Administración. En el caso concreto del suministro domiciliario de agua potable, y como se desarrollará en otro apartado de esta obra, puede afirmarse que nos encontramos ante una unidad productiva de las protegidas por la legislación europea y española en los casos de sucesión de empresa, dada la gran cantidad de inmovilizado afecto a la prestación, por lo que también el personal protegido por esa figura regulada por el derecho laboral comenzará a prestar servicios para la Administración. No se incorporarán como empleados públicos, si se aceptan los planteamientos de la Dirección General de Función Pública[16], ni cabe su consideración como personal laboral fijo de la Administración, al ser necesario un proceso selectivo para que se adquiera tal condición, pero,

[16] Se incorporaron a la LGP 2017 en su Disposición adicional, pero la STC 2018 la eliminó del ordenamiento jurídico, no porque la regulación entrara en colisión con una norma de rango superior o prevalente, sino porque su contenido no podía ser incluido dentro de las posibles regulaciones de una norma presupuestaria.

se acuerde o no de manera expresa, al día siguiente de finalizar el contrato administrativo, la unidad productiva seguirá en funcionamiento por haberse traspasado su responsabilidad a otro empresario —en este caso público, que es la Administración—, y si se han realizado las modificaciones presupuestarias necesarias para dar cobertura a la prestación directa del servicio, puede que no se adopte un acuerdo que como tal declare extinguido el contrato y sea directamente asumida por la Administración la prestación del servicio, fundamentando esta decisión en consideraciones de eficiencia y sostenibilidad.

A nuestro juicio, incluso en ese caso, sería necesario un pronunciamiento expreso de la Administración, sobre todo por la necesidad de controlar que precisamente ese es el fundamento del cambio de modo de gestión y no la desidia o la falta de interés en tramitar un procedimiento con una conclusión que puede obtener sin ninguna actuación por su parte. No podemos olvidar que el modo de gestión del servicio debe acomodarse a lo dispuesto en el artículo 85 LBRL y no puede ser la inercia la *ratio decidendi* última de la gestión, sino que debe figurar, acreditado en un expediente, que realmente la gestión directa era el modo más sostenible y eficiente de entre los posibles.

En cualquier caso también puede defenderse, puesto que, según lo previsto en el artículo 30 LCSP, la gestión directa es el modo general de prestación de los servicios públicos, si la Administración ha realizado las actuaciones necesarias para la prestación directa —creación de puestos y dotación de vacantes necesarias en plantilla—, habrá sido en esos expedientes en los que se habrá justificado la necesidad de esta actuación por cuestiones de eficiencia y sostenibilidad, y tratándose de un servicio obligatorio que por lo tanto se debe prestar en todo caso, es consistente a su naturaleza la dotación de los medios necesarios dentro de la estructura administrativa permanente.

La opción por el resto de modos de gestión directa previstos en el art 85 LBRL requiere la creación o la existencia de un ente, dependiente de la Administración competente, para la prestación del servicio, al que se atribuirá la responsabilidad de su ejecución, si bien en último término la Administración será quien tenga que hacer frente a las consecuencias derivadas de la gestión[17].

[17] Se han admitido declaraciones de concurso de sociedades mercantiles municipales, como la recogida en el Auto de 13 de abril de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga o el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería de 13 de junio de 2011 (LA LEY 170974/2011), en casos de sociedades públicas en las que la participación de la Administración en su capital no llegaba al 50% y estaba por ello excluida, a su juicio, de una autorización que la LPAP reserva en su artículo 169.f al Consejo de Ministros. La total aplicabilidad en este caso del ordenamiento jurídico privado,

Puesto que tanto en el caso de existencia previa del ente y atribución de una nueva prestación, como en el de creación expresa con el fin de que ejecute la prestación objeto de estudio, la causa del acuerdo es idéntica —la encomienda de una prestación pública a un ente dependiente— y el control de la actuación administrativa debería ser idéntico. Por ello interpretamos que nos encontraríamos ante un caso de encargo a un medio propio de una prestación que también puede ser objeto de un contrato. Sin embargo, los pronunciamientos de los entes de revisión en vía administrativa especial de contratos no comparten esta visión, ya que, si la creación es simultánea al encargo de la concesión de servicios, como es un expediente en el que ambas cuestiones se engloban, no se acepta la posibilidad de que exista un recurso especial en esos casos, que consideran acuerdos de auto organización administrativa, ni estiman que exista necesidad de que se cumpla por el ente instrumental lo previsto en el artículo 32 LCSP, que contiene no solo requisitos formales, como la consideración como medio propio del ente en sus propios estatutos, sino cuestiones de mayor calado, como la retribución del ente personificado ajustada a sus costes. Con estos fundamentos, el Tribunal Catalán de Recursos Contractuales en su Resolución 118/2018, de 20 de junio, en relación con la reinternalización del Servicio de suministro domiciliario de agua potable a una EPEL municipal creada expresamente para tal objeto, ha inadmitido los recursos presentados por la empresa que hasta el momento prestaba el servicio y dos organizaciones más bajo la premisa de que:

> *En el cas objecte d'aquest recurs, l'acte impugnat no inclou explícitament una decisió d'encàrrec, no qualifica l'EPEL de mitjà propi i situa el seu àmbit, exclusivament, amb relació a la decisió de reinternalització del servei municipal d'abastament d'aigua, mitjançant l'adopció*

---

sin ninguna limitación administrativa que pudiera frenar ese proceso, es lo que motiva que el Juez admita la solicitud de la mercantil, a pesar del literal del artículo 1.3 LC. Existió también en aquel momento alguna admisión en sociedades de capital íntegramente local, pero la doctrina mayoritaria hace recaer las consecuencias de la gestión en la Administración, siempre que esta haya respondido de la gestión en situaciones similares, esto es, que el desequilibrio financiero ya se haya producido con anterioridad y se haya solucionado con una transferencia pública de fondos, o en casos en los que el servicio asociado a la competencia no va a dejar de prestarse, ya que en último término la Administración debe ejercitar sus competencias de modo irrenunciable, y asumir las consecuencias de la elección de una forma de gestión en relación con la prestación del servicio, que tomó como titular de aquella. Puede leerse también a Guayo Castiella, I. (2012).

> *d'un instrument que qualifica de gestió directa i d'entre els previstos per a aquesta.*

Esto es, entiende que es una decisión que no está sometida al control previsto en la LCSP, siendo una forma de gestión admitida en la LBRL.

Paradójicamente si el ente ya existe, y puesto que entonces sí se estaría en el ámbito de los encargos a entes personificados de una prestación susceptible de ser licitada, como el acuerdo deber formalizar precisamente ese encargo y ya no crear el ente, ya debería respetarse lo previsto en el apartado sexto del artículo 32 LCSP, cumpliendo el ente personificado los requisitos previstos para este tipo de encargos en la norma. No parece tener mucho sentido esta interpretación que permite un trato distinto al primer tipo de encargos al medio propio, con creación simultánea.

Compartimos por ello las razones expuestas por Ezquerra Huerva (2018) para considerar necesario que en los expedientes de creación simultánea al encargo se respeten, además de las formalidades recogidas en el artículo 85 LBRL, las del artículo 32 LCSP. De este modo, y volviendo a cuál debe ser el contenido del acuerdo en estos casos, no estaríamos solo ante la creación de un ente cuyo objeto es la gestión de esa prestación pública, sino que precisamente esa actuación supone la sustracción al ámbito privado de un contenido que podría ser objeto de licitación, por lo que debe ser tratada como el encargo entre entes vinculados que realmente se consigue.

Teniendo en cuenta el contenido de este acuerdo y su fin último, recomendamos que sea fiscalizado como un expediente del tipo de encargo a medio propio de los recogidos en el ACM, al que se añadan, puesto que existe una creación de un ente dependiente, la revisión del resto de circunstancias limitativas de esa actuación recogidas en el artículo 85 LBRL. Se añade una plantilla para relacionar los controles que a continuación se comentan en relación con el ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, en un expediente relativo a la creación de **un ente instrumental que gestionará un servicio público (OOAA, EPEL, SM)**:

A. Controles generales en todo tipo de acto de gestión presupuestaria

Siempre, en cualquier expediente de gestión presupuestaria, deben comprobarse la existencia de crédito para la actuación y la competencia del órgano que adopta las decisiones en el expediente.

a) El crédito

Puesto que del expediente puede deducirse la necesidad de realizar aportaciones para la financiación del ente, debe acreditarse que se cuenta con las disponibilidades presupuestarias necesarias. De acuerdo con lo previsto en el artículo primero del ACM, debe examinarse que **existe** y que es **adecuado** y **suficiente.** También que se cumple lo previsto para gastos plurianuales en el artículo 174 LRHL.

La LRHL prohíbe expresamente la realización de gastos sin existencia de crédito presupuestario, indicando el art 173.5:

> […] no podrán adquirirse **compromisos de gastos** por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo **nulos de pleno derecho** los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar[18].

La LCSP aplica esta norma al ámbito contractual en su art 39.

Por lo tanto, es preciso revisar como primera y fundamental comprobación por parte del Interventor que existe crédito presupuestario para el contrato que se propone adjudicar, adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer, y suficiente. Para **validar la ADECUACIÓN** del crédito no solo

[18] En relación con estas responsabilidades, el art 188 LRHL, bajo la denominación de «responsabilidad personal», establece:

> [...] los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente.

La existencia de crédito, por lo tanto, no solo es un requisito para la validez del acto administrativo, sino que su falta de control por parte del Interventor local, sin advertir por escrito de su inexistencia, o la falta de atención por parte del gestor de esta advertencia, **los hacen personalmente responsables de las consecuencias que se deriven de esa actuación**.

debe examinarse la naturaleza del gasto, sino que deben cumplirse también los requisitos y reglas presupuestarias de **temporalidad, especialidad y especificación** reguladas en la LRHL:

- Las obligaciones *nacidas* **no deben estar prescritas**.

- En **cuanto a la temporalidad**, ha de tenerse en cuenta que el presupuesto recoge el crédito necesario para hacer frente a las obligaciones que se espera reconocer en el ejercicio, derivadas de prestaciones que se hayan recibido también en el ejercicio[19], si bien cabe aplicar a los créditos del vigente presupuesto, cuando se trata de la fase de reconocimiento de obligaciones, las que resulten de la liquidación de atrasos a favor del personal que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales de la entidad local, y las derivadas de «compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores»[20], previa incorporación de los créditos en el supuesto de gastos con financiación afectada (art 182.3 LRHL).

El crédito será **SUFICIENTE** si en la aplicación, teniendo en cuenta el crédito total en el nivel de vinculación que se ha definido para ella, existe crédito por la cuantía necesaria para realizar el gasto propuesto[21]. **La existencia** no se refiere solo a que conste una cifra en una aplicación presupuestaria del presupuesto de gastos, sino que es preciso examinar también su financiación para determinar **su disponibilidad.**

---

[19] El art 176 LRHL sobre temporalidad de los créditos recoge esta regla, indicando expresamente que con cargo a los créditos del estado de gastos de cada presupuesto sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural del propio ejercicio presupuestario.

[20] En una adecuada gestión presupuestaria del crédito, solo debe comprometerse en cada ejercicio crédito suficiente para las obligaciones que se espere reconocer, teniendo en cuenta la fecha de recepción de las facturas y de la duración de la prestación.

[21] En relación con este tema, el art 172.2 LRHL afirma que los créditos autorizados tienen carácter limitativo y vinculante y que los niveles de vinculación serán los que vengan establecidos en cada momento por la legislación presupuestaria del Estado, salvo que reglamentariamente se disponga otra cosa: por lo tanto, si en las bases de ejecución del presupuesto no hemos establecido otra cosa, el art 172 LRHL se remite a la regulación que sobre la especificación de los créditos haga el Estado, recogida en este momento en el art 43 LGP.

Debe **acreditarse** en el expediente que los ingresos presupuestarios previstos para financiar ese gasto van a existir en el ejercicio al que van a imputarse las obligaciones, si no se trata de los recursos ordinarios de la entidad, sino de otro tipo de recursos que provienen de terceros y que puedan estar de algún modo condicionados a una manifestación de voluntad. Es fundamental, en el caso de inversiones, la revisión del Anexo que debe incorporarse obligatoriamente a la documentación que integra el expediente del Presupuesto, de acuerdo con lo previsto en el art 168.1.d LRHL, ya que la financiación de cada una de ellas se aporta en ese documento, y facilita su revisión al especificar la financiación de estas actuaciones —subvención y de qué tercero, crédito, contribuciones especiales…—. A este respecto, el 173.6 LRHL aclara que la disponibilidad de los créditos presupuestarios **quedará condicionada**, en todo caso, a:

- La existencia de documentos fehacientes que acrediten compromisos firmes de aportación, en caso de ayudas, subvenciones, donaciones u otras formas de cesión de recursos por terceros, tenidos en cuenta en las previsiones iniciales del presupuesto a efecto de su nivelación y hasta el importe previsto en los estados de ingresos en orden a la afectación de dichos recursos en la forma prevista por la ley o, en su caso, a las finalidades específicas de las aportaciones a realizar.

- La concesión de las autorizaciones previstas en el artículo 53, de conformidad con las reglas contenidas en el capítulo VII del título I LRHL, en el caso de que existan previsiones iniciales dentro del capítulo IX del estado de ingresos.

Por lo tanto, la regla general para la ejecución del crédito presupuestario es que la financiación de esa aplicación, si no procede de recursos ordinarios[22], esté acreditada: debe incluirse en el expediente la documentación que garantice la existencia del derecho.

No obstante, en materia de contratos en el ámbito local, la Disposición adicional tercera LCSP regula lo que denomina *tra-*

[22] Sobre cuya suficiencia se ha debido pronunciar el Interventor en su informe al Presupuesto anual, por ser una de las razones que permiten la impugnación de ese documento de acuerdo con lo previsto en la LRHL.

mitación anticipada en su apartado segundo, haciendo referencia a dos de esas situaciones para las que admite que se tramite el expediente de contratación **con anterioridad a la acreditación fehaciente de la disponibilidad de su financiación, siempre que se condicione la adjudicación a esa consolidación**[23]. Se trata de una tramitación anticipada distinta de la que se recoge en el artículo 116 LCSP, puesto que, en ese caso, como la condición se refiere al crédito del ejercicio siguiente, hasta que ese no se aprueba no puede conocerse si se ha cumplido o no la condición. Entendemos que en este caso no debería llegarse siquiera a la adjudicación, ya que entonces debería suspenderse inmediatamente la ejecución por falta de crédito, pues si no se han consolidado los recursos no existe crédito en el momento en que debe realizarse el contrato para hacer frente a las obligaciones derivadas de su ejecución, por lo que tal adjudicación debería considerarse nula. Considerarla condicionada, entendiendo que aún no se conoce el resultado de dicha condición puede derivar en la necesidad de que la Administración deba indemnizar al contratista por la suspensión del inicio de la prestación del contrato. En la tramitación anticipada al crédito del siguiente ejercicio esta situación no se da, ya que, aunque se formalice el contrato, las prestaciones de acuerdo con el pliego no se realizarán hasta el ejercicio siguiente.

En estos dos casos excepcionalmente, no se comprobará la disponibilidad del crédito en la fase de aprobación del expediente, siempre que se tramite como un expediente de tramitación anticipada, haciendo constar expresamente esa condición en el PCAP, y previamente a la adjudicación. A nuestro juicio, el análisis de disponibilidad se pospondrá hasta la revisión de la resolución de adjudicación, ya que si no se acredita en ese momento la consolidación de los recursos afectados, debe entenderse que no se ha cumplido la condición que permite seguir adelante con el expediente, y la Administración debe renunciar al contrato, sin adjudicarlo, salvo que pueda modificar la financiación de la actuación.

[23] La norma indica que, en el caso de que la financiación del contrato dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, será posible su tramitación, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Por otra parte, la temporalidad incide en la correcta programación de los reconocimientos de las obligaciones derivadas del contrato, debiendo adecuar los compromisos presupuestarios al previsible devengo de estas, que deberán repartirse en varios ejercicios en caso de ser necesario[24], aunque la duración del contrato sea menor al año. Si se trata de **contraer compromisos de gastos con carácter plurianual**, se comprobará que se cumple con lo previsto en el art 174 LRHL[25]. Para ello debe figurar un certificado en el expediente que se manifieste en relación con la consignación futura esperada de los créditos que se propone aprobar, indicando a tal efecto si se han dotado en los últimos ejercicios tales gastos, y en caso de estar limitadas las actuaciones porcentualmente en los ejercicios siguientes, que las cantidades del expediente respetan los límites máximos existentes[26]. En todo caso, debe incluirse en el certificado que la duración del

[24] El art 162 LRHL define el presupuesto como la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar **durante el correspondiente ejercicio**. Aclara el artículo siguiente que al presupuesto se imputarán las obligaciones reconocidas durante el ejercicio. Por lo tanto, cuando se inicia un expediente de gasto, se ha de prever que el crédito esté disponible en el momento en el que, de acuerdo con la duración de la tramitación del expediente, se espera que vaya a producirse el reconocimiento de las obligaciones. Esta adecuada planificación plurianual evita la incorporación de remanentes y facilita la ejecución del presupuesto anual y la puntual satisfacción de las obligaciones existentes con los terceros que cuentan con derechos frente a la Administración por existir compromisos previos.

[25] La Circular 9/2013, de 18 de octubre, de la IGAE, determina muy bien los extremos a tener en cuenta para su adecuado control y define los distintos supuestos, aclarando qué ha de entenderse por ejecución —distinguiendo la ejecución presupuestaria de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato—, a efectos de unificar el criterio en relación con la tramitación anticipada y compromisos plurianuales de expedientes de gasto correspondientes a contratos del sector público, encomiendas de gestión, subvenciones y ayudas públicas, así como convenios de colaboración, que puede consultarse en la dirección http://cositalnetwork.es/sites/default/files/circular%209-2013%2018%20oct.%20igae-tram.%20ant.%20y%20compr.%20plur.pdf

[26] Las operaciones que se imputen a los capítulos 4, 6 y 7 deben respetar las reglas porcentuales previstas en el art 174 LRHL, que también pueden modificarse por el Pleno —para el resto de los contratos no resulta operativo; cuando se conciertan contratos del capítulo 2, suelen ser para necesidades de idéntica cuantía en cada uno de los ejercicios: limpieza, vigilancia, material de oficina, víveres, suministro de materiales para las brigadas—.

contrato no supera lo previsto en la norma para tales gastos. Excepto los arrendamientos financieros y las operaciones de deuda, que pueden concertarse con una duración superior, el resto de los supuestos está limitado en su duración a cuatro años, salvo que el Pleno autorice otra cosa.

b) Competencia

Debe comprobarse, de acuerdo con el apartado primero del ACM[27]:

- Que los gastos u obligaciones se proponen **al órgano competente en materia de gestión presupuestaria** —el apartado b cita la aprobación, el compromiso de gasto y el reconocimiento de la obligación, puesto que solo se ocupa de limitar la función interventora previa a esos actos, ya que la relativa al pago está detallada en las normas de aplicación, en el caso del ámbito local el RDCISPL—.

  De acuerdo con lo previsto en los artículos 165.1 LRHL y 52 del Real Decreto 500/1990, la gestión de los presupuestos de gastos de las Entidades locales y de sus Organismos autónomos se realiza en las siguientes fases: autorización del gasto, disposición o compromiso del gasto, reconocimiento y liquidación de la obligación, y ordenación del pago. Los artículos 54 y siguientes de dicha norma establecen con carácter general qué órganos son competentes para tomar dichos acuerdos, siendo habitual que en cada entidad existan normas internas que determinan las atribuciones del Pleno, del Presidente y de la Junta de Gobierno en su caso, en esta materia.

- **La competencia del órgano de contratación**, y en general del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad de aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación de que se trate.

  La comprobación de este extremo puede limitarse a que, de acuerdo con el valor estimado del expediente y las reglas establecidas en la Disposición adicional segunda LCSP y las posibles delegaciones existentes en la entidad, el órgano a

[27] En la redacción dada por la Resolución de 25 de julio de 2018 (BOE de 2 de agosto).

quien se propone la aprobación del expediente pueda realizarla, o comprobar que el ordenamiento jurídico le ha atribuido la competencia en esa materia para poder aprobar un expediente de contratación.

A nuestro juicio y teniendo en cuenta que la disposición no distingue, sino que simplemente se refiere a la competencia, cuya ausencia se sanciona con la nulidad de la actuación administrativa, la comprobación debe ser la más amplia, y para poder realizarla siempre será necesario que en la propuesta que se remita para su fiscalización previa —y que también habrá sido analizada desde el punto de vista de la legalidad material por la Secretaría General— se detalle la norma que atribuye competencia al órgano de contratación en esa materia o el instrumento de delegación o se haga referencia a la instrucción del expediente previsto en el artículo 7.4 de la LBRL.

No obstante, y a la vista de que existen varias interpretaciones posibles en relación con la redacción, convendría añadir una explicación del alcance que se va a dar a esta comprobación por el órgano de control, para que figure en el acuerdo del Pleno de la Corporación que se adopte, en su caso, para establecer los requisitos esenciales del expediente que han de ser controlados por el órgano de control interno, en aplicación de lo previsto en el artículo 209 LRHL.

c) Requisitos relativos a la tramitación del expediente

Junto con los dos extremos fundamentales señalados en la LRHL y el ACM, que son el crédito y la competencia, además de otros requisitos específicos según el tipo de expediente, deben examinarse una serie de elementos relativos a la tramitación del mismo, que también han de ser verificados en todos los expedientes, puesto que su necesidad deriva de exigencias formales que pueden estar relacionadas con el importe del expediente y no con el tipo, cuyo incumplimiento también origina un reparo del órgano de control:

- En los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente.

- En los expedientes de reconocimiento de obligaciones, que los mismos responden a gastos aprobados y comprometidos y, en su caso, fiscalizados favorablemente.

- En caso de que haya designación de Interventor para la comprobación material de una inversión, que se ha producido la intervención de la citada comprobación material de la inversión y su carácter favorable, sin perjuicio de lo dispuesto en distintos puntos de este Acuerdo en los casos en que resulte de aplicación el segundo párrafo del artículo 198.2 de la LCSP y no hubiese llegado el momento de efectuar la correspondiente comprobación material de la inversión.

  Se asegura de esta manera que la sucesión de trámites se somete a la revisión del órgano de control, y también que la comprobación material de la inversión se ha realizado.

No es necesario incorporar en el ámbito local el resto de autorizaciones previas previstas en el artículo primero del ACM ya que se refieren a procedimientos de gasto de la AGE que no tienen equivalente en el ámbito local, en el que el Pleno y la Presidencia, o en su caso la Junta de Gobierno, actúan siempre[28] con independencia.

B. Controles específicos para la creación del ente dependiente

a) Informe jurídico

Sobre la legislación aplicable al supuesto, que como indica la JCCAE en su Informe 64/2018, no puede limitarse a la cita de normas, sino que deberá pronunciarse de manera **favorable** o **desfavorable** en relación con la creación de la entidad.

Sin querer ser exhaustivos sobre posibles limitaciones que pueden existir en relación con la creación de entes en el ámbito local, y cuya concurrencia o no en el expediente habría de ser valorada desde un punto de vista de cumplimiento de la legalidad, se indican las siguientes:

[28] La única autorización del Pleno de la Corporación prevista como previa a un expediente de contratación, y similar a las de la AGE por lo tanto, se encuentra en la Disposición adicional tercera LCSP para la contratación por partes de proyectos de obras y únicamente en entes locales de menos de 5000 habitantes.

- Las entidades que están ejecutando un plan económico financiero o un plan de ajuste, debido a incumplimientos en las reglas fiscales asociadas a la ejecución presupuestaria o a problemas financieros, no pueden adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirecta, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste (apartado primero de la Disposición adicional novena de la LBRL). Esta prohibición incluye la creación de sociedades de economía mixta.

- Prohibición absoluta de creación de entidades dependientes de segundo nivel (apartado tercero de la Disposición adicional novena de la LBRL). De especial importancia en relación con los consorcios, que son entes que se vinculan a otro principal, y por lo tanto instrumentales, que no pueden crear a su vez, por ejemplo, sociedades mercantiles íntegramente locales dependientes de ellos.

- La existencia de planificación relativa a la actuación del ente se configura como requisito universal, previo a la creación de cualquiera de ellos (artículo 85 LRJSP). En ese plan, denominado de actuación, se detallarán las líneas estratégicas en torno a las que se desenvolverá la actividad de la entidad. La existencia de dicho plan permitirá que pueda realizarse el control de eficacia por parte del Departamento al que estén adscritas.

- Inscripción en el Inventario de Entes del Sector Público Local. Esta inscripción es requisito necesario para obtener el NIF definitivo, teniendo carácter constitutivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 83 LRJSP.

- El ente debe estar clasificado, de acuerdo con la Disposición adicional duodécima de la LBRL, que obliga a los entes locales a clasificar a sus entes dependientes en uno de los tres grupos que se especifican, determinando también las cuestiones relativas a sus órganos de dirección y directivos.

b) Justificación de que es la forma más sostenible y eficiente para la gestión del servicio, de acuerdo con lo previsto en la LBRL.

Como regla general, la norma exige que el servicio se gestione del modo más eficiente y sostenible, cuestión que debe ser justificada en el expediente, como mínimo a través de la incorporación de una memoria.

Además, en los casos de sociedades mercantiles y entidades públicas empresariales, el art 85 LBRL incluye otros requisitos adicionales, que en el segundo caso se añaden a los establecidos por la LRJSP aplicable por remisión al ámbito local, como regulación específica y de preferente aplicación a las formalidades documentales previstas en la LRJSP, que en cualquier caso también habrán de ser respetadas porque son complementarias. La norma local exige en ambos casos que se incluya en el expediente una memoria justificativa elaborada a tal efecto que acredite lo que efectivamente ya pedía el propio artículo en su encabezamiento, esto es, de manera redundante, vuelve a exigir que se acredite que son más sostenibles y más eficientes que la gestión directa por parte de la propia entidad, o que la gestión a través de una fórmula puramente administrativa como es el organismo autónomo local (letras a y b del primer apartado del art 85). Especifica que, en estos dos casos, la justificación habrá de realizarse con criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Junto con lo anterior, debe constar en el expediente lo que el art 85 LBRL denomina la «memoria justificativa del asesoramiento recibido», que indica que ha de elevarse al Pleno para su aprobación. A la vista de la redacción y teniendo en cuenta que es necesario que se eleve al Pleno, creemos que se puede interpretar que se está refiriendo a la memoria que exige el expediente de acreditación de conveniencia y oportunidad de la medida, regulado en los art 86.1 LBRL y 97.1 TRRL, para cuya tramitación es necesaria la constitución de una comisión que se ocupe de varios aspectos de la gestión del servicio o la actividad, por lo tanto justifica el asesoramiento recibido, y que acaba elevando al Pleno sus conclusiones para su toma en consideración y publicidad durante 30 días. El contenido de esa memoria, de acuerdo siempre con la regulación del art 85 LBRL, parece confirmar esta interpretación ya que, según la norma, debe incluir los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido. La previsión de la necesaria publicidad de ese asesoramiento, y la obligatoriedad de la publicidad del contenido de la memoria, según se

prevé en el artículo 63 RSCL, acaba de cerrar el círculo de las similitudes.

El artículo 86 LBRL requiere también por último que se incluya en el expediente que valore la conveniencia y oportunidad de realizar una prestación pública, un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

c) **En caso de proponerse la creación de una sociedad mercantil o una entidad pública empresarial, se incorporará el informe del interventor previsto en el artículo 85 LBRL.**

El interventor local en esos dos casos ha de valorar la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 LOEPSF. **Este informe de sostenibilidad de los servicios debe encuadrarse en la función de control financiero del interventor, y no como parte de la función interventora.**

En concreto, la norma indica que el contenido de ese examen ha de realizarse «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». El apartado segundo marca el contenido de este informe porque lo que debe evaluar el órgano de control interno es el cumplimiento del principio de sostenibilidad, que según el artículo 4.2 LOEPSF se define como:

> 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.

Para que esa evaluación pueda realizarse será preciso que el órgano de contratación incorpore al expediente información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar durante toda la vigencia del mismo.

De esta manera podrá estudiarse con datos concretos si la totalidad del riesgo de la explotación se repercute al tercero, de manera que la entidad local en ningún caso asumirá las consecuencias de esa gestión de manera presupuestaria. O cuando se generen obligaciones para el presupuesto de gastos, que en todo caso es posible que las asuma, con su actual nivel de ingresos o con la previsión de incremento que se haya hecho, la Administración, y que los cálculos han tenido en cuenta la totalidad de las necesidades financieras de los servicios que presta la entidad, de manera que los mayores gastos no van a incidir en la sostenibilidad local disminuyéndola, ni a poner en peligro la estabilidad presupuestaria y el mantenimiento del nivel de calidad del resto de los servicios.

También se refiere a la sostenibilidad el art 86 LBRL, al indicar que debe acreditarse en ese expediente que «la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal».

d) **En caso de aplicarse la subrogación empresarial**, se acreditará la existencia de una unidad productiva —que se transmite a la Administración de manera obligatoria— y que **existe** informe jurídico FAVORABLE sobre los fundamentos de la obligatoriedad de asumir por parte de la Administración la unidad productiva.

C. Requisitos esenciales a comprobar previamente a la aprobación y compromiso de gasto correspondiente a un encargo a un medio propio

a) Que se reconoce en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo la condición de medio propio personificado respecto del poder adjudicador que hace el encargo, con el contenido mínimo previsto en la letra d) del artículo 32.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo, por otros poderes adjudicadores respecto de los que tenga la consideración de medio propio o por otras per-

sonas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, de conformidad con lo señalado en la letra b) de los apartados 2 y 4 del artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos se verificará que se hace mención al cumplimiento de esta circunstancia en la Memoria integrante de las últimas cuentas anuales auditadas en las que resulte exigible.

c) Que existe informe de la Secretaría General.

d) Que, en su caso, existe proyecto de obras informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

e) Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definen las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto, elaborado de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado.

f) Que las prestaciones objeto del encargo estén incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria del mismo.

g) Que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio vaya a contratar con terceros, en su caso, conforme a la propuesta de encargo, no exceda del 50 por ciento de la cuantía del encargo, con las excepciones previstas en el artículo 32.7 de la Ley de Contratos del Sector Público.

h) En el supuesto de que el encargo prevea pagos anticipados, que en el mismo se exige a la entidad encomendada la prestación de garantía suficiente.

2.3.1.2. En las concesiones de servicios

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el ejercicio de la función interventora depende del tipo de ente que realice la prestación, de entre los que figuran en el artículo 85.1 LBRL. La función interventora solo se realiza como control previo a los actos administrativos en materia de gestión presupuestaria en los entes con presupuesto limitativo, como son la propia entidad local y sus organismos autónomos. Cabe también que se extienda a los consorcios, puesto que, a pesar de tratarse de entes instrumentales que pueden no ser completamente administrativos, cuentan con presupuesto limitativo. En el resto de los entes dependientes de las Administraciones, el órgano de control no realiza actuaciones de función interventora, sino de control financiero, a través del control financiero permanente y las auditorías que se recojan en el Plan de control financiero, que aprueba el órgano de control.

Si la gestión es indirecta, de acuerdo con lo previsto en la LCSP, es evidente que no se realizará función interventora sobre los actos de gestión del tercero a quien se adjudique la prestación, pero sí en relación con los expedientes de contratación de los entes sometidos a este tipo de control.

Además del ámbito subjetivo de la función interventora, debe también tenerse en cuenta que existen diversos modos de ejercicio: puede realizarse revisando de manera completa el expediente, en la modalidad denominada por el RDCISPL ordinaria, o puede existir un acuerdo del Pleno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 219 LRHL, informado por el órgano de control, que limite estas actuaciones a la revisión de ciertos extremos que se consideran esenciales, en busca de una mayor agilidad administrativa y un adecuado reparto de las responsabilidades relativas a su tramitación, dejando la revisión completa del expediente para un momento posterior. El propio RDCISPL impone en su artículo 13 que como mínimo se revisen los incluidos para la IGAE en el ACM para cada clase de gasto y tipo de expediente.

No obstante, ese Acuerdo no recoge, entre las clases de gasto para las que se limitan los extremos a comprobar, las concesiones de servicios, sino únicamente las concesiones de obras —contrato más frecuente en el ámbito de la AGE—, por lo que el interventor local debe decidir, al delimitar su modelo de control, si la función interventora en relación con los contratos de concesión de servicios se limita a comprobar determinados requisitos básicos que deben estar definidos previamente por el Pleno, o se efectúa de manera ordinaria, a través del examen del contenido de la totalidad del expediente. En todo caso, debe tenerse en cuenta que los acuerdos plenarios siempre deben

reservar al órgano de control la posibilidad de examinar cualquier expediente de manera ordinaria, si entiende que su revisión limitada al cumplimiento de requisitos básicos podría causar un grave deterioro a la hacienda local, ampliando de esta manera las cuestiones por las que puede formular un reparo en relación con la documentación remitida.

Cualquiera que sea la opción que se tome, entendemos que existen determinados extremos que deberían considerarse esenciales, y cuya concurrencia en el expediente ha de ser revisada en todo caso, formulando reparos en caso de que no se acredite su cumplimiento. Es posible diferenciar tres grupos en estos requisitos esenciales de los expedientes de contratación de concesiones de servicios[29]:

A. Requisitos generales

Estos requisitos han de ser revisados en cualquier expediente de gestión presupuestaria en cada una de sus fases. Se reitera lo comentado con anterioridad, ya que son siempre los mismos.

Hemos de tener muy presente al hacer la revisión jurídica de los pliegos que en este tipo de contratos los desembolsos que se puedan realizar **han de estar en su totalidad previstos en el PCAP.** Este será un requisito esencial a comprobar, en todo caso, en el trámite de intervención previa al acuerdo en el que se proponga el reconocimiento de obligaciones en aplicación precisamente de lo establecido en el PCAP.

Es importante también la previsión en el PCAP —y si no estuvieran incluidas, su ausencia debería ser puesta de manifiesto mediante, como mínimo, una observación del órgano de control— de modulaciones en el sistema de retribuciones de la prestación vinculadas a la calidad, medida como consecución por el concesionario de los objetivos de eficiencia establecidos de acuerdo con parámetros que puedan ser medidos y comprobados, y con el cumplimiento de las obligaciones de información y otras directrices propuestas por el responsable del contrato.

A este respecto, es importante tener en cuenta las conclusiones del análisis de la sindicatura de cuentas sobre la concesión del Hospital de Alzira[30], en las que se resalta, por una parte, que «el precio

[29] En los Anexos IV, V y VI se incluye la relación de estas comprobaciones, que se han elaborado aplicando los requisitos comunes a todos los contratos en el ACM, y añadiendo los de las concesiones de obras.

[30] Olivas, M.; Izquierdo, J.; González, R.; Mas, J. A. y Barrera, J. (2018, p. 57).

final del contrato abonado por la Consellería por la asistencia sanitaria en Torrevieja, en el periodo 2006-2016, es aproximadamente 108,6 millones superior al precio que se deriva de la aplicación literal de la cláusula de revisión prevista en los pliegos», y por otra, que, el órgano de contratación aprobó un expediente de resarcimiento por un importe total de 45,9 millones de euros para compensar económicamente al concesionario de Torrevieja, por conceptos distintos de los establecidos por los pliegos que rigen el contrato.

B. Requisitos comunes a todos los contratos regulados por la LCSP

Estos requisitos han de valorarse en la fase de aprobación del gasto, referidos a la documentación que integra el expediente de contratación que va a aprobarse.

Revisando los distintos apartados del ACM que determinan los requisitos esenciales para las distintas clases de expedientes de gastos de contratación, puede elaborarse un listado de elementos que se comprueban para todos los contratos allí regulados —obras, servicios, suministros, concesiones de obras y algunos privados— y que, por lo tanto, se deberían comprobar igualmente en este caso, por tratarse de un expediente contractual:

a) Que existe **pliego** de cláusulas administrativas particulares o, en su caso, documento descriptivo, **informado por la Secretaría General.**

No podemos olvidar que el Pliego es el documento que va a regular las relaciones entre las partes, y que no podrá exigirse al concesionario lo que no se haya recogido. Es por ello un documento que ha de redactarse con cuidado en todos sus extremos, y en lo que interesa a este apartado, en el de las facultades de control e inspección que se reservan a los gestores del contrato —en este caso, a la gestión, ya que las de la Intervención están reguladas en la normativa que ya se ha analizado—. Como indica Luna (2014):

> […] cuando se opta por la gestión indirecta, la Administración pasa de la posición de prestador del servicio a la posición de **planificador, organizador, controlador y evaluador** de los servicios que prestan las concesionarias.

Coincidimos con Franco y Aguerrea (1999) en que es necesario que la Administración gestora atribuya la responsabilidad del control de la concesión a un departamento que se cree en la

institución para esta finalidad, dotado de personal cualificado y especializado, en el que se centralice toda la información relativa a los servicios gestionados de manera indirecta. Las funciones del responsable del contrato, que no necesariamente ha de estar integrado en ese servicio, pero que deberá aportar los datos que recabe, y que estará asesorado y apoyado en el ejercicio de esas competencias por él, deben estar contempladas en el PCAP, determinando de manera general su naturaleza supervisora, e identificando sin pretensión de exhaustividad algunas de ellas para eliminar conflictividad en el momento de[31]:

- Promover y convocar las reuniones que resulten necesarias al objeto de solucionar incidentes en la ejecución del contrato. En cualquier caso, el PCAP debe garantizar la posibilidad de que se realicen inspecciones y visitas por el responsable en todo momento y sin necesidad de concertar cita previa, siéndole permitido el acceso en todo momento a las instalaciones.

- Resolver incidencias surgidas en la ejecución del contrato siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 97 RLCAP.

- Proponer la imposición de penalidades, señalando su graduación.

- Inspeccionar la parte de la prestación subcontratada informando al órgano de contratación —en estas comprobaciones se incluye la de verificar que los subcontratistas cumplen la legislación laboral y social aplicable, y las disposiciones internacionales que sean de aplicación—.

- Establecer las directrices que sean necesarias para que la prestación prevista en el PCAP se realice en los términos que mejor convengan al interés general, pudiendo requerir al adjudicatario, en cualquier momento, la información que precise, acerca del estado de ejecución del objeto del contrato, de las obligaciones del adjudicatario y del cumplimiento de plazos y otras actuaciones.

  Debe ofrecerse acceso al responsable, si así lo solicita de manera justificada, a cualquier documento del concesionario con relevancia para la explotación —contratos de trabajo,

[31] Seguimos en este punto a Luna (2014), que cita a Iturriaga Urbistondo (2008).

documentación para el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social y el pago de las nóminas, contabilidad analítica obligatoria en los términos en los que anteriormente se ha comentado, contratos con terceros subcontratistas, quien explota el servicio…—.

- Dirigir instrucciones al contratista siempre que no suponga una modificación del objeto del contrato ni se oponga a las disposiciones en vigor o a las derivadas de los pliegos y el resto de la documentación del contrato.

  Recordamos a este respecto que la competencia es irrenunciable[32] y la persona física o jurídica a quien se atribuya esa función puede ser sancionada administrativamente por su omisión o ejercicio negligente. De ahí la necesidad de contar con el apoyo suficiente de la unidad antes comentada, que, por otra parte, al completar a la figura única del responsable del contrato, hace que el control sea conjunto y que las posibilidades de corrupción y la presión sobre esa figura disminuyan. También lo señala la Cámara de Cuentas madrileña en su informe.

  El responsable debería elaborar un **Plan de Calidad en la ejecución**, de manera similar al que se realiza en los contratos de obras, en el que, sin perjuicio de las revisiones físicas que se estimen necesarias para determinar el adecuado cumplimiento de las obligaciones asociadas a la prestación, previstas en el PCAP, se realicen como mínimo las siguientes comprobaciones materiales:

  – Plantilla de personal del concesionario, con especificación del puesto que se desempeñe, tipo de contrato y vigencia del mismo, así como la adscripción y dedicación al centro de trabajo.

  – Plan de prevención de riesgos laborales y demás documentación que acredite que cumple, en relación con su personal, con las obligaciones que le impone la normativa en esa materia. Igualmente, que acredite el cumplimiento de la normativa en materia de igualdad.

  – Programación de las diferentes actividades relativas al suministro domiciliario de agua potable, especificando los

[32] Sosa Wagner (2008).

centros en los que se realiza y su duración, y en la medida de lo posible, la persona que la realiza o la supervisa.

- Plan de mantenimiento de las instalaciones, equipos y edificios y actuaciones realizadas desde la última comprobación. Es muy importante determinar el plan de mantenimiento de los contadores y las pruebas que se realizan para acreditar que sus mediciones son exactas.

- Plan de optimización de costes: debe acreditarse por el concesionario que realiza la correcta selección de proveedores en el mercado, obteniendo los bienes que necesita para el proceso de producción a precios razonables, sin que los usuarios tengan que hacer frente a sobrecostes originados por sus ineficiencias.

- Plan de calidad y controles establecidos. Resultados de los controles realizados por el concesionario sobre cloración, potabilización y otras analíticas.

- Plan de protección de datos personales.

- Cuentas anuales y contabilidad analítica, al menos con periodicidad anual.

b) Cuando se utilice el **modelo** de pliego de cláusulas administrativas, verificar que el contrato a celebrar es de naturaleza análoga al informado por la Secretaría General.

La comprobación de esta circunstancia es idéntica a la anterior, salvo que en este caso se tratará de un modelo de pliego tipo, aprobado por el Pleno.

c) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece, para la determinación de la mejor oferta, criterios **vinculados al objeto del contrato**. Que cuando se utilice un único criterio éste esté relacionado con los costes, de acuerdo al artículo 146.1 de la LCSP y que, si el único criterio a considerar es el precio, se verificará que éste sea el del precio más bajo. En los casos en que figuren una pluralidad de criterios de adjudicación basados en la mejor relación calidad-precio, que se establezcan con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

En los casos en que el procedimiento de adjudicación propuesto sea el de diálogo competitivo, se verificará asimismo que en la selección de la mejor oferta se considera más de un criterio de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

d) Cuando se prevea la utilización de varios criterios de adjudicación o de un único criterio distinto del precio, que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormalmente bajas.

e) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo prevé, cuando proceda, que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor ha de presentarse en sobre independiente del resto de la proposición.

f) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece al menos una de las condiciones especiales de ejecución que se enumeran en el artículo 202.2 LCSP y la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo Sectorial de aplicación.

En este tipo de concesiones, en las que la vinculación con la gestión medioambiental es tan evidente, se deberían introducir por los gestores elementos de valoración y de ejecución que tuvieran en cuenta este tipo de repercusiones.

g) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación el procedimiento abierto simplificado, comprobar que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 159.1 LCSP. En caso de que este procedimiento se tramite según lo previsto en el artículo 159.6 LCSP, se verificará que no se supera el valor estimado fijado en dicho apartado, y que entre los criterios de adjudicación no hay ninguno evaluable mediante juicios de valor.

h) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación un procedimiento con negociación, comprobar alguno de los supuestos previstos en los artículos 167 o 168 LCSP para utilizarlo.

i) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación el diálogo competitivo, verificar que se cumple alguno de los supuestos de aplicación del artículo 167 LCSP y, en el caso de que se reconozcan primas o compensaciones a los participantes, que en el documento descriptivo se fija la cuantía de las mismas y que consta la correspondiente retención de crédito.

j) Cuando se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de modificar el contrato en los términos del artículo 204 de la Ley de Contratos del Sector Público, verificar que el porcentaje previsto no es superior al 20 por 100 del precio inicial, y que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

k) Cuando se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares la utilización de la subasta electrónica, verificar que los criterios de adjudicación a que se refiere la misma se basen en modificaciones referidas al precio y, en su caso, a requisitos cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.

C. Requisitos específicos del contrato de concesión de servicios

Estos requisitos se revisarán en la fase de aprobación del gasto, únicamente en este tipo de expedientes.

Mayor complejidad tiene la determinación de requisitos que son específicos del contrato de concesión de servicios, puesto que, como se ha indicado, el ACM no se aplica a estos contratos. A la vista de los recogidos para el contrato de concesión de obras y para el de servicios en ese documento, entendemos que, como mínimo, sería necesario revisar que en el expediente de contratación que se va a aprobar se acreditan las siguientes circunstancias:

a) Que el **objeto del contrato** está perfectamente definido, de manera que permita la comprobación del exacto cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

Para considerar válidamente cumplido este requisito, será necesario que en la documentación remitida **conste**:

1. El modo en el que se produce el traslado del riesgo, ya que es el elemento definitorio de este tipo de contratos. Los Tribunales especiales en materia de contratación anulan los expedientes en los que se garantiza un beneficio al licitador, considerán-

dolos como de servicios. El concesionario debe quedar expuesto a la situación real de pérdida —no meramente nominal, como indica la normativa europea—, que no consiste en una mera ejecución del contrato a riesgo y ventura, como en el resto de los contratos regulados en la LCSP[33].

2. Los recursos humanos, que ha considerado la Administración necesarios para realizar la prestación, y que han determinado la valoración económica de la misma, de acuerdo con los convenios colectivos de aplicación, con los perfiles profesionales que deben ser contratados por el concesionario, admitiendo también que determinadas actuaciones puedan ser subcontratadas por empresas del sector, y señalando en todo caso qué personal se considera mínimo para una adecuada atención del servicio, y su plan de formación. Esta determinación debe basarse en una adecuada descripción de la prestación y de sus procesos, de acuerdo con la contabilidad analítica ya comentada.

   La empresa en su oferta relacionará el personal de acuerdo con lo previsto en el pliego, de modo que los recursos humanos y sus condiciones laborales se convierten en parte del contrato, siendo posible que se prevea la modificación de esa plantilla, por ejemplo, por razones tecnológicas, o que se justifique debidamente el empleo de otro personal, de acuerdo con los procesos productivos que se propongan, que mejoren la eficiencia de la prestación, determinando las jornadas y tiempo que emplearán en cada una de sus actuaciones.

   En todo caso, figurará en el PCAP como se ha indicado, y será obligatorio que la Administración lo compruebe de manera periódica, que el concesionario cumple con la normativa laboral y de Seguridad Social, para que, en caso de impagos, no se derive responsabilidad subsidiaria para el Ayuntamiento. Al tiempo de realizarse esas comprobaciones, deberá revisarse que la plantilla ofrecida en el momento de la licitación, con sus características profesionales y personales, el plan de formación y cualquier otra circunstancia prevista en el pliego, se respetan por el concesionario de la prestación.

3. Si es preciso que se aporten recursos materiales por el concesionario, habrán de estar descritos y valorados, determinando

[33] Puede profundizarse sobre el alcance del principio de riesgo y ventura en la obra de Fuertes, M. (2018).

su vida útil y la obligación de reposición, así como la de reposición de las instalaciones que aporte la Administración, cuya vida útil y estado de conservación también deben estar detallados, y también sus condiciones de reposición. Todas las reposiciones, tanto las de los elementos propios como de los cedidos por la Administración, deben realizarse teniendo en cuenta el estado de la tecnología del momento.

Como regla general, la inversión de reposición la debería realizar la Administración, ya que se trata de contratos de obras, que si se realizan por el concesionario, normalmente se encargan a empresas del grupo, que los realizan a precios normalmente superiores a los que la propia Administración podría conseguir en el mercado. Es beneficioso además que se analicen las instalaciones por terceros ajenos al contrato, que puedan valorar el estado de conservación, y asegurarse de que tanto el concesionario como el responsable del contrato están cumpliendo sus obligaciones.

Con posterioridad debe revisarse si estas obligaciones de reposición, que representan un coste para el concesionario tenido en cuenta en el estudio económico de la concesión, se están ejecutando, ya que, en caso contrario, existiría un beneficio superior a lo pactado para él.

4. Otras obligaciones de mantenimiento de las instalaciones diferentes de la reposición: las instalaciones deben cumplir en todo momento con las condiciones necesarias para su mantenimiento, y su estado de conservación ha de determinarse en la documentación preparatoria del contrato, de manera que pueda ser comprobada en el momento de la entrega y exigida durante el tiempo que dure la concesión.

5. Cuestiones relacionadas con la calidad del servicio. Este elemento está directamente relacionado con la definición de los objetivos del servicio, que han de marcarse.

   No basta con que los ciudadanos tengan asegurado el suministro en su domicilio, sino que el suministro ha de realizarse con una presión y una calidad determinada por analíticas, las quejas deben ser inferiores a un número que se determine, las fugas deben estar por debajo de un porcentaje sobre los m^3 adquiridos —que debería ser decreciente y estar determinado en el PCAP—, el tiempo que puede pasar tras la solicitud del alta del servicio no debe superar un

máximo determinado, y su efectividad, entre otros aspectos que determinan el nivel de calidad del servicio.

La no consecución de estos objetivos de calidad debe traducirse en penalizaciones al concesionario. Para ello el control de la prestación ha de ser permanente.

b) Que existe pliego de prescripciones técnicas del servicio o, en su caso, documento descriptivo. Asimismo, que existe reglamento regulador del servicio.

Es interesante que se definan en él los procedimientos de defensa y protección del usuario y el sistema de reclamaciones y, si se estima procedente, de sugerencias que puedan mejorar la prestación del servicio.

c) Que se justifica en el expediente la carencia de medios suficientes para la prestación del servicio por la propia Administración con sus propios medios.

El artículo 30 LCSP permite a los poderes públicos la contratación de terceros para la realización de las prestaciones públicas pero, para poder hacerlo, la Ley le impone que justifique debidamente la insuficiencia de medios. Como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con este documento:

> El precepto utiliza el verbo «justificar», que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa probar una cosa con razones, testigos o documentos; y dicho verbo es completado en su significado por el adverbio «debidamente», por lo que la expresión utilizada por el Legislador significa que aquello que se trata de probar (la necesidad de contratación externa) ha de serlo de forma cumplida, suficiente […] El precepto exige la existencia de una prueba cumplida de la concurrencia de unos hechos, que es más rigurosa, de lo que se entiende ordinariamente por motivación, y que, en consecuencia, impide que se apliquen determinados remedios que en ocasiones sustituyen o evitan la anulabilidad de una motivación insuficiente. La exigencia de esa justificación debida **constituye el requisito previo necesario** para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar.

d) Que la duración del contrato prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo se ajusta a lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público.

e) Que existe estudio de viabilidad o, en su caso, estudio de viabilidad económico financiera.

f) Que existe anteproyecto de construcción y explotación de las obras, si procede, con inclusión del correspondiente presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de las obras.

g) Que existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

h) Que existe acta de replanteo previo, si procede.

i) Cuando se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación, así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, que figura como criterio evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente.

   En el caso de que la licitación obedezca a una previa resolución del contrato de concesión por causas no imputables a la Administración, que se establece en el pliego o documento descriptivo como único criterio de adjudicación el precio y que en el expediente se incluye justificación de las reglas seguidas para la fijación del tipo de licitación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 281 y 282 LCSP.

j) Que se incluyen en el expediente datos que ofrecen una valoración de las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implica la contratación, detallándose en el expediente tanto los mayores gastos como los mayores ingresos, y su incidencia en la estabilidad presupuestaria. En caso de ser preceptivo el Informe del Interventor de la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, que este se aporta y es favorable.

   Señalamos en relación con el contenido de esta comprobación que la Disposición adicional tercera LCSP impone al interventor local, dentro de los controles a realizar como parte de la función interventora, ya que se refiere a él como parte de la fis-

calización, *la valoración que se incorpore al expediente sobre la repercusión del nuevo contrato sobre la estabilidad presupuestaria, en los términos del artículo 7.3 LOEPSF, excepto en el caso de los contratos menores*. La LOEPSF regula en esa norma el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, afirmando que 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.

Ni la LCSP ni la LOEPSF atribuyen a ningún órgano la realización de esa valoración, limitándose la segunda a realizar una referencia obligatoria general, señalando como sujeto del verbo «deberán» a las propias actuaciones administrativas. Buscando en la LCSP una situación similar a la que recoge la Disposición adicional tercera, encontramos en su artículo 324.6, lo siguiente:

> En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de celebrar un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implique, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
>
> Asimismo, en estos contratos, y con independencia de la cuantía del contrato, será igualmente necesario recabar el informe vinculante del Ministerio de Hacienda y Función Pública cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.
>
> A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo.
>
> En la elaboración del informe al que se refieren los dos primeros párrafos del presente apartado se deberá tener en cuenta, en el ámbito

> del sector público estatal, el informe que al respecto emita el Comité Técnico de Cuentas Nacionales, creado por la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal [...]
>
> Por otro lado, los informes citados en el primer y segundo párrafo del presente apartado se solicitarán por el órgano de contratación con carácter previo a la tramitación de la autorización del Consejo de Ministros a la que se refiere el apartado primero del presente artículo en los supuestos en que la misma sea preceptiva, y en todo caso, con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación y a la aprobación del gasto.

De la regulación de la LCSP se deducen varias cuestiones: la primera, que el informe, en este caso del Ministerio de Hacienda, preceptivo y vinculante, se incorpora al expediente **con carácter previo a la aprobación del gasto**; se trata, por lo tanto, de un informe previo y no del informe de fiscalización del interventor. La segunda, que es el órgano de contratación el que debe aportar para la emisión del informe la totalidad de los datos financieros y presupuestarios del contrato, y que ese informe no forma parte del contenido de la función interventora, ya que en la plantilla más similar que podemos considerar, correspondiente a esa función en el ACM, que es la concesión de obras, como extremo que debe comprobar el Interventor para ese tipo de gastos en relación con la fase de aprobación del gasto, figura el siguiente punto: «p) Que, en su caso, existe informe favorable del Ministerio de Hacienda a que se refiere el artículo 324 LCSP».

Puesto que lo comprueba el Interventor está claro que, en la estructura estatal, el informe no lo va a elaborar este órgano.

En el ámbito local, la valoración de las repercusiones del nuevo expediente tampoco debería realizarla por lo tanto el Interventor, en principio, y lo que sí parece más claro es que el órgano de contratación, o mejor aún en el ámbito local quien promueve el expediente de contratación, **ha de aportar información completa en relación con los aspectos financieros y presupuestarios del contrato**, analizando su evolución futura, de manera que la valoración que se derive de los datos que ofrece pueda ser sencilla, ya que en todo caso afectará a la estabilidad siempre que los gastos futuros sean mayores que los ingresos futuros.

Otra cosa más compleja es realizar la valoración sobre si el resultado que ofrecen esos datos compromete o no la estabilidad de la entidad local, cuestión para la que sí será necesario dispo-

ner de personal con conocimientos específicos en la entidad local. Incorporando a los datos de gastos e ingresos los referidos a la última liquidación presupuestaria, en relación con el superávit y remanente líquido de tesorería, así como los de compromisos futuros y endeudamiento que deban asumirse, la unión de todos ellos ofrecerá como conclusión si el contrato y su impacto, en relación con el servicio de que se trate, ayudará a la determinación del impacto en la estabilidad presupuestaria de la nueva actuación. También puede completar estos datos necesarios para la evaluación a realizar el nuevo contenido obligatorio de los proyectos de obras, en caso de que el inmueble pueda ser explotado.

En todo caso, debe ser cada ente local el que determine quién realiza la valoración, debiéndose incorporar al expediente de manera obligatoria.

Lo que entendemos que puede exigirse como mínimo para formar parte de cada expediente **es esa valoración simple, que se deduce de la comparación de ingresos y gastos previstos por la ejecución del nuevo contrato**, tanto de los gastos derivados de la contratación que se propone como los que existirán en los siguientes años, así como de los ingresos que los van a financiar, añadiendo si se prevén nuevos gastos futuros asociados al funcionamiento de la prestación, y de nuevo también su financiación. Es evidente que, si de la ejecución del contrato se derivan en el futuro más gastos que ingresos, la estabilidad presupuestaria se verá afectada, lo que no significa necesariamente que exista peligro para la sostenibilidad. La valoración de esa repercusión será más sencilla si la actuación contractual reitera otras previas de gasto corriente, que estaban previstas en el presupuesto inicial.

En definitiva, la LCSP la sitúa como parte del ejercicio de la función interventora, por lo que no se trata de que el Interventor aporte los datos, sino de que examine la valoración que otro técnico ha debido incorporar al expediente, siempre que ello sea posible, teniendo en cuenta la estructura del ente local y la disponibilidad de técnicos en las Diputaciones Provinciales que puedan realizar estos análisis.

La finalidad del precepto de la LOEPSF es que los gestores públicos examinen su gestión y valoren si es posible conseguir sus objetivos, por procedimientos en los que se consuman menos recursos o se logren mayores impactos beneficiosos en relación con la consecución del interés general. En cualquier caso, habrán de tener en cuenta las cifras de la última liquidación en relación con el superávit presupuestario, y el impacto, tanto en el presu-

puesto de gastos como en el de ingresos de los ejercicios futuros, de la actuación que se va a desarrollar con el contrato que se propone realizar, para tratar de concluir si afectará a la estabilidad presupuestaria o no.

El órgano de control deberá determinar, a la vista de los riesgos que detecte en su entidad y de las consecuencias sobre la estabilidad que la falta de control directo sobre este requisito pueda tener, su consideración como requisito esencial en el ejercicio de la función interventora, recomendando su inclusión dentro del acuerdo plenario, en caso de que esta se ejerza de manera limitada a la comprobación de requisitos básicos, cuando realice los controles financieros que sean necesarios según su planificación, en relación con las actuaciones de contratación. En todo caso, el incumplimiento de la incorporación de esta valoración, entendemos que debería ser siempre objeto de observación en los expedientes de gasto sometidos a función interventora limitada, de manera que se cumpla con lo previsto en la LCSP.

k) Que, en su caso, existe el informe de la Oficina Nacional de Evaluación previsto en el artículo 333 LCSP, y en caso de apartarse de sus recomendaciones, que existe informe motivado al respecto.

2.3.2. Control financiero de las concesiones

2.3.2.1. Consideraciones generales

Como se ha indicado previamente, los entes dependientes quedan sometidos, según prevé el art 81 LRJSP, a la supervisión permanente del ente que los crea, que deberá realizar un reparto de las actuaciones de control que diseña la norma básica entre los empleados a su servicio, siendo coherente con las funciones de los órganos de control locales la atribución de la supervisión permanente, con el contenido que le da la LRJSP antes comentado. Esto es así, porque las funciones que se le atribuyen a este órgano en la legislación vigente son similares al contenido de este control[34]

[34] El Real Decreto 128/2018 de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en su artículo 4 recoge, como parte de la función de control financiero, la siguiente actuación:

> La emisión de informes, dictámenes y propuestas que en materia económico-financiera o presupuestaria le hayan sido solicitadas por la presidencia, por un tercio de los Concejales o Diputados o cuando se trate de materias para las que legalmente se exija una mayoría especial, así como el dictamen sobre la procedencia de la implantación de nuevos Servicios

y, por lo tanto, puede realizar la encomienda con garantía de éxito.

Es importante tener en cuenta, en relación con el alcance del control prevenido en la LRJSP —que la norma impone a quien realice esa supervisión permanente—, la formulación de un pronunciamiento expreso en relación con la continuidad de la existencia de la personificación o no.

En ese segundo caso, al igual que para la creación de un ente instrumental es necesaria una fase administrativa previa que va seguida de una mercantil, la extinción no puede quedar en el ámbito puramente mercantil, sino que debe realizarse de nuevo esa tramitación administrativa, que deberá pronunciarse de manera obligatoria en relación con la continuidad de la prestación que hasta ahora estaba realizando la entidad dependiente. La decisión en relación con la desaparición del ente que realiza una prestación para la Administración debe ir precedida de una reflexión sobre el modo más eficiente de ejecutarla. En concreto en el ámbito local, un cambio en la forma de gestión de los servicios públicos obliga normalmente a la tramitación de un expediente acreditativo de tal circunstancia, de acuerdo con lo previsto en los artículos 85, 86 LBRL y 97 TRRL, de manera que se valoren todos los aspectos relacionados con la prestación del servicio, especialmente los financieros, tal y como se ha comentado de manera previa. En cuanto al modo mercantil de instrumentar esos acuerdos, si en los estatutos está prevista la cesión de activos y pasivos, ha de recordarse que el proceso de extinción jurídica de un ente dependiente comprende varias fases o momentos que tienen lugar de forma sucesiva, y que la existencia de un acto de disolución social, tanto automático como expreso de su órgano competente, no significa su desaparición del mundo jurídico, sino que supone el inicio de un periodo de liquidación hasta su final extinción. En este contexto ha de tenerse en cuenta que la cesión global es una operación jurídica por la cual una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio, por sucesión universal a uno o varios cesionarios a cambio de una contraprestación. En los casos de entes instrumentales públicos la contraprestación suele ser simbólica, puesto que la mercantil se disuelve probablemente con patrimonio neto negativo —más pasivo que activo—. La cesión global de activos y pasivos queda regulada en los artículos 85 a 91 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), y en lo no recogido en los citados artículos, por lo establecido para el procedimiento de fusión, considerándose una forma de liquidación abreviada, o simplificada, uno de cuyos puntos más importantes es la necesaria coincidencia entre el balance inicial y el balance final, ya que

---

o la reforma de los existentes a efectos de la evaluación de la repercusión económico-financiera y estabilidad presupuestaria de las respectivas propuestas.

se liquida bajo el principio de continuidad de la actividad. No obstante, y puesto que la normativa contable pública no cuenta con normas equivalentes a la 21ª del PGC aprobado por Real Decreto 1514/2007, dedicada a operaciones realizadas por empresas del grupo, debe tratarse como una actuación en activos financieros, para lo que debe determinarse, en el momento en el que es eficaz la cesión, que es el de la inscripción en el registro mercantil, el patrimonio objeto de cesión y su valoración, cuestión que deberá manifestarse desde que se realice la recomendación de su extinción, para que la fase mercantil contemple esta especialidad.

La posible existencia de distintas atribuciones funcionales, unas normativas y otras derivadas de la potestad de autoorganización de los entes locales, hacen conveniente a nuestro juicio, con el fin de que se tenga una visión más completa del alcance del control financiero en relación con todos los entes sometidos a revisión y los diversos controles a los que serán sometidos, que su planificación se realice de manera plurianual, abarcando en la medida de lo posible la legislatura completa, indicando al menos su contenido en líneas generales, sin perjuicio de su concreción y determinación anual, tal y como indica el RDCISPL, en función de los riesgos detectados en la entidad, y con el objeto de finalizar los controles que se hayan establecido como prioritarios durante la legislatura, a la vista de los medios de los que se dispone.

Junto con los controles que forman parte propiamente del Plan de control financiero, y que ahora examinaremos más en detalle, la normativa atribuye al Interventor otro informe, que hemos de entender forma parte del control financiero, y que es la emisión de la valoración —específicamente en el artículo 85 LBRL— en relación con la influencia en la sostenibilidad de la propuesta de creación del ente que ya se ha comentado. No debe confundirse la obligatoriedad de emitir ese informe con la necesidad de incorporar a cada expediente la valoración en relación con su repercusión en la sostenibilidad de la entidad, preceptiva según el artículo 7.3 LOEPSF, que se ha analizado en el apartado relativo a la función interventora de las concesiones.

2.3.2.2. Control necesario de entes dependientes

De acuerdo con lo previsto en el RDCISPL, el control financiero tiene por objeto verificar el funcionamiento de los servicios del sector público local en el aspecto económico-financiero para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que los rigen y, en general, que su gestión

se ajusta a los principios de buena gestión financiera, comprobando que la gestión de los recursos públicos se encuentra orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía, la calidad y la transparencia, y por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el uso de los recursos públicos locales. El control financiero así definido comprende las modalidades de **control permanente y auditoría pública**, incluyéndose en ambas el control de eficacia referido en el artículo 213 LRHL. Las auditorías tendrán los siguientes objetivos:

a) Las de cuentas, verificarán si las cuentas anuales representan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto y contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión adecuada.

b) Las operativas, verificarán que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que les son de aplicación en las entidades sector público local no sometidas a control permanente.

c) Las de cumplimiento, se orientarán a examinar de manera sistemática y objetiva las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones.

Este control financiero ha de ser planificado debiendo el órgano interventor, según el artículo 31 RDCISPL, elaborar un Plan Anual de Control Financiero, que recogerá las actuaciones de control permanente y auditoría pública a realizar **durante el ejercicio**, que serán:

- Las que deriven de una obligación legal: auditoría de entes dependientes, control del registro de facturas, las derivadas del control de la morosidad o, por ejemplo también, las que, de acuerdo con lo previsto en el art 81 LRJSP, le pueda atribuir el Pleno, como se ha indicado al analizar la necesidad de establecer un sistema de supervisión permanente de los entes dependientes.

- Y todas aquellas que anualmente seleccione el órgano de control sobre la base de su análisis de riesgos, consistente con los objeti-

vos que se pretendan conseguir, las prioridades establecidas para cada ejercicio y los medios disponibles. El concepto de riesgo debe ser entendido como la posibilidad de que se produzcan hechos o circunstancias en la gestión sometida a control susceptibles de generar incumplimientos de la normativa aplicable, falta de fiabilidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia y eficiencia en la gestión.

El plan se remitirá al Pleno a efectos informativos.

El RDCISPL recoge algunas de las actuaciones obligatorias en materia de control financiero del órgano de control interno local, entre las que se encuentra, según se prevé en el artículo 29, la **auditoría de las cuentas anuales**, en relación con las de los siguientes entes:

a) Los organismos autónomos locales.
b) Las entidades públicas empresariales locales.
c) Las fundaciones del sector público local obligadas a auditarse por su normativa específica.
d) Los fondos y los consorcios a los que se refiere el artículo 2.2 del Reglamento.
e) Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público local no sometidas a la obligación de auditarse que se hubieran incluido en el plan anual de auditorías.

Esta auditoría de cuentas ha de realizarse aplicando las Normas de auditoría del sector público (NASP):

- ISSAI-ES: Adaptación de las NIA. Adoptadas por los OCEX[35]

- Normas técnicas de la IGAE[36] . Es importante tener en cuenta la Resolución de 18 de febrero de 2014, de la IGAE, sobre el proceso de adaptación de las Normas de Auditoría del Sector Público a las Normas Internacionales de Auditoría[37]; la Resolución de 30 de julio de 2015, de la IGAE, por la que se dictan instruc-

[35] Pueden consultarse las guías en http://asocex.es/normativa-de-auditoria

[36] http://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/14%2002%2026%20Resolución.pdf

[37] En el momento de publicación de este manual (octubre de 2019), la adaptación de las NIAS al Sector Público se encuentra próxima a publicarse. El proyecto finalizó su fase de alegaciones públicas el 16 de septiembre de 2019, y se espera que antes de que finalice el año se publique el texto de las 34 NIAS-SP que serán de obligatoria utilización también en el ámbito local para la realización de auditorías.

ciones para el ejercicio de la auditoría pública, y la Resolución de 20 de septiembre de 2017, de la IGAE, por la que se desarrolla el principio de independencia para el ejercicio de las funciones de control atribuidas a la Intervención General de la Administración del Estado. El Anexo I de la primera de las resoluciones citadas contiene la relación de NIAS objeto de adaptación inicial (véase cuadro 2.3).

CUADRO 2.3
Resolución de 18 de febrero de 2014, de la IGAE
ANEXO I: RELACIÓN DE NIAS OBJETO DE ADAPTACIÓN INICIAL

NIA-ES 200.	Objetivos globales del auditor independiente y realización de la auditoría de conformidad con las normas internacionales de auditoría.
NIA–ES 210.	Acuerdo de los términos del encargo de auditoría.
NIA-ES 220.	Control de calidad de la auditoría de estados financieros.
NIA-ES 230.	Documentación de auditoría.
NIA-ES 240.	Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude.
NIA-ES 250.	Consideración de las disposiciones legales y reglamentarias en la auditoría de estados financieros.
NIA-ES 260.	Comunicación con los responsables del gobierno de la entidad.
NIA-ES 265.	Comunicación de las deficiencias en el control interno a los responsables del gobierno y a la dirección de la entidad.
NIA-ES 300.	Planificación de la auditoría de estados financieros.
NIA-ES 315.	Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno.
NIA-ES 320.	Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría.
NIA-ES 330.	Respuestas del auditor a los riesgos valorados.
NIA-ES 402.	Consideraciones de auditoría relativas a una entidad que utiliza una organización de servicios.
NIA-ES 450.	Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría NIA 500. evidencia de auditoría.
NIA-ES 500.	Evidencia de auditoría.
NIA-ES 501.	Evidencia de auditoría-consideraciones específicas para determinadas áreas.
NIA-ES 505.	Confirmaciones externas.
NIA-ES 510.	Encargos iniciales de auditoría-saldos de apertura.

NIA-ES 520.	Procedimientos analíticos.
NIA-ES 530.	Muestreo de auditoría.
NIA-ES 540.	Auditoría de estimaciones contables, incluidas las de valor razonable, y de la información relacionada a revelar.
NIA-ES 550.	Partes vinculadas.
NIA-ES 560.	Hechos posteriores al cierre.
NIA-ES 570.	Empresa en funcionamiento.
NIA-ES 580.	Manifestaciones escritas.
NIA-ES 600.	Consideraciones especiales-auditorías de estados financieros de grupos (incluido el trabajo de los auditores de los componentes).
NIA-ES 610.	Utilización del trabajo de los auditores internos.
NIA-ES 620.	Utilización del trabajo de un experto del auditor.
NIA-ES 700.	Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros.
NIA-ES 705.	Opinión modificada en el informe emitido por un auditor independiente.
NIA-ES 706.	Párrafo de énfasis y párrafos de otras cuestiones en el informe emitido por un auditor independiente.
NIA-ES 710.	Información comparativa-cifras correspondientes de períodos anteriores y estados financieros comparativos.
NIA-ES 720.	Responsabilidad del auditor con respecto a otra información incluida en los documentos que contienen los estados financieros auditados.

Es preciso tener en cuenta que la Disposición adicional segunda de la LAC determina, en relación con las auditorías en entidades del sector público, que la norma no se aplica a los trabajos de revisión y verificación de cuentas realizada por los órganos de control públicos por sí mismos o con la colaboración de auditores privados[38]. Si se contrata la colaboración de estos entes, los informes que se emitan no podrán identificarse como auditorías de cuentas.

Por lo tanto, permitiendo el artículo 34 RDCISPL la colaboración de empresas en las actividades de auditoría pública de cuentas —con un máximo de 2 años prorrogables, y sin que se puedan contratar sociedades que en el mismo año o el anterior hayan hecho trabajos sobre áreas respecto a las que se tenga que pronunciar—, es preciso que estas

[38] Se exceptúan los trabajos de auditoría sobre las cuentas anuales de entidades integrantes del sector público estatal, autonómico o local que, conforme a su normativa de aplicación, se encuentran obligados legalmente a auditoría siempre y cuando dichas cuentas no se formulen con arreglo a la normativa contable del sector público, en particular, sobre sociedades mercantiles públicas obligadas a auditarse.

se realicen en un marco de actuación[39] que se define en la Norma técnica de la IGAE de 2007 sobre colaboración con auditores privados, teniendo en cuenta que:

- Los objetivos y el alcance deberán fijarse en el PCAP.
- Es preciso nombrar un funcionario o equipo que se encargue de la revisión y supervisión del trabajo. La colaboración nunca puede imponerse al órgano de control.
- La revisión de planificación abarcará los programas de trabajo y los criterios de importancia relativa.
- La revisión de la fase de ejecución se realizará de forma selectiva, debiendo velarse por que se cumplan los compromisos relativos a medios, calidad y plazos.
- Los papeles de trabajo los tendrá el auditor privado, pero debe pedirse copia.
- El auditor dejará constancia de su trabajo en un memorando de resultados firmado que contendrá una propuesta de informe.
- La intervención podrá requerir subsanaciones si aprecia errores o insuficiencias.
- La responsabilidad sobre el cumplimiento de las NASP y sobre la obtención de evidencia suficiente corresponde al auditor privado.
- El informe de auditoría será emitido y firmado por la Intervención.

2.3.2.3. Control de la gestión indirecta de un servicio, dentro del Plan de control financiero, de acuerdo con la valoración de riesgos de la entidad

De acuerdo con la exposición que se ha realizado, el control que realiza la intervención local, como órgano de control interno del ente, se ciñe a las atribuciones funcionales previstas en las normas, y es independiente:

- Del que debe realizar el responsable del contrato en relación con su ejecución.
- De la medición de la eficacia de la prestación de los servicios, que debe analizarse por los entes prestadores de los servicios para determinar la adecuada asignación de los recursos presupuestarios.

[39] El Tribunal de Cuentas alerta en su Informe de 2009 sobre contratos de asistencia técnica para la realización de auditorías en entidades locales sobre las debilidades detectadas: Ausencia de solicitud o conformidad de la Intervención (incluso oposición); falta de dirección de los trabajos; los pliegos no mencionan las NASP; indefinición del objeto; duplicidad de auditoría y a menudo, motivación política en el encargo.

- De la supervisión continua que, en caso de existir una sociedad de economía mixta, deba realizarse a entes dependientes de acuerdo con lo previsto en la LRJSP.

El artículo 3 RDCISPL indica que el órgano interventor ejercerá el control sobre entidades colaboradoras y beneficiarios de subvenciones y ayudas concedidas por los sujetos que integran el sector público local, que se encuentren financiadas con cargo a sus presupuestos generales, de acuerdo con lo establecido en la LGS, que regula en su Disposición adicional decimocuarta la atribución competencial en esta materia. Los concesionarios de servicios públicos es frecuente que reciban contraprestaciones de la Administración que puedan ser consideradas ayudas públicas a la explotación; serían una suerte de atribución directa de estos fondos públicos, que tiene su fundamento en los propios PCAP, como se ha indicado, por lo que, teniendo la relación entre las dos partes origen contractual, y existiendo una contraprestación que es el mantenimiento de la prestación del servicio de acuerdo con lo pactado, no se aplica la LGS, sino el PCAP, que desde la firma del contrato se convierte en *lex contractus*.

No contempla el RDCISPL controles específicos para concesionarios, que deberán tratarse como un riesgo más dentro de la evaluación que realice el órgano de control, previa a la determinación anual del Plan de control financiero. No obstante, teniendo en cuenta que su elemento característico fundamental es la transferencia del riesgo operacional al concesionario, es necesario controlar el desenvolvimiento económico de la concesión, no solo como medio de prevenir a través de este control posibles reclamaciones de mantenimiento de equilibrio económico de la concesión por parte del adjudicatario[40], o como parte de una comprobación del cumplimiento de los supuestos de hecho planteados por la Administración —incluido el aseguramiento de la adecuada contratación y retribución de todo el personal, pactadas de acuerdo con la oferta realizada por el licitador y aceptadas por la Administración— en orden a prevenir beneficios por encima de lo previsto que pudieran fundamentar reclamaciones inversas, sino también porque, si las consecuencias de la gestión están siendo negativas, existe un grave peligro de que el concesionario abandone la explotación, con lo que ello supone para la continuidad de su prestación, por lo que deben anticiparse en la medida de lo posible estas circunstancias, recogiendo **controles periódicos como mucho cada cuatro años** —para evitar prescripciones de posibles

[40] Frecuentes y onerosas como pone de manifiesto el Informe de la Cámara de Cuentas de Madrid, que en todo caso se recomienda que sean sometidas a fiscalización previa ordinaria, dada la complejidad de los expedientes.

derechos a favor de la Administración— de las concesiones de servicios y obras existentes, así como de cualquier otra concesión demanial o cesión de derechos a un tercero, de carácter patrimonial.

La LCSP no prevé tampoco un modelo de control del concesionario, regulando únicamente como especialidad frente al exacto cumplimiento de lo pactado, que es la regla general de todo contrato, la recogida en el artículo 289.2 en su segundo párrafo, que determina:

> En **la contabilidad diferenciada** que el concesionario debe llevar respecto de todos los ingresos y gastos de la concesión, y que deberá estar a disposición de la entidad contratante, quedarán debidamente reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas en la forma prevista en el apartado 6 del artículo 267.

Ya se ha puesto de manifiesto la necesidad de que esta contabilidad diferenciada sea una contabilidad analítica y que se imponga su llevanza al concesionario, determinando su estructura, que podrá ser modificada de acuerdo con su proceso productivo pero siempre con comunicación a la Administración.

Por otra parte, y teniendo en cuenta lo ya indicado en relación con las obligaciones del responsable del contrato, será precisa la comprobación del desempeño de sus funciones de dirección en su ejecución, y la comprobación de que se ha solicitado toda la documentación que periódicamente se ha aconsejado que el concesionario remita para el control de esa ejecución. El control del concesionario debe extenderse a todos los aspectos —económicos, técnicos y jurídicos— que afecten a la prestación del servicio. En este sentido no debe olvidarse que la contabilidad analítica incorpora todo un cuadro de mandos con indicadores, que deben ser revisados como modo de previsión de un sistema de control integral de la concesión, penalizando cuando la prestación no se realice con los adecuados niveles de calidad.

El órgano de contratación debe incluir en el PCAP, como se ha comentado, unos niveles mínimos de eficacia y eficiencia del servicio que han de ser respetados durante el plazo de duración del contrato. Dichos niveles, desde el punto de vista económico, pueden definirse mediante la exposición de dos estructuras de coste[41]:

a) La estructura de costes del servicio existente, que incluirá tanto la distribución de los costes para los diferentes insumos como el importe de los mismos.

[41] Álvarez Villazón, J. C. (2019).

b) La estructura de costes del servicio en el nivel óptimo, o subóptimo aceptable, dada la situación del servicio en origen.

La consecución del objetivo de eficiencia definido por el órgano de contratación debe ser programado —por el propio órgano de contratación o, lo que quizás sea más adecuado, por los licitadores— de forma que pueda ser evaluada la consecución de objetivos intermedios, durante la duración del contrato.

La eficiencia es un concepto ampliamente tratado por la ciencia económica. Siguiendo a Rueda López[42],

> […] en líneas generales, el concepto de eficiencia puede aplicarse a distintas parcelas de la economía. En el ámbito de la producción de bienes y servicios, la idea general contenida en el concepto de eficiencia es que no exista despilfarro en la utilización de los recursos; es decir, la eficiencia exige obtener el máximo de producción a partir de una cantidad dada de recursos, o, a la inversa, minimizar los recursos consumidos para obtener una determinada producción. Según esta doble definición se puede hablar de eficiencia en términos de *output,* en el primer caso, y en el segundo, en términos de *input* […].

Los objetivos de eficiencia, para su óptimo funcionamiento, se definirán con referencia al servicio y no en función de las características del licitador; por ejemplo, en un servicio de abastecimiento de agua, la mejora del consumo eléctrico de la infraestructura debe venir determinada por la optimización del consumo de los equipos y no por el poder de negociación del licitador que le permita obtener precios de la energía más baratos, sin perjuicio de que este poder de negociación, y la correspondiente mejora en el precio, pueda ser valorada durante el procedimiento de licitación.

[42] Rueda López, N. (2013, p. 42).

Capítulo 3

La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua

Eulalio Ávila Cano

3.1. Los derechos de los trabajadores en los procesos de remunicipalización

En este apartado vamos a analizar la **Directiva 2001/23/CE y su transposición por el Estatuto de los Trabajadores así como la aplicación** de la Directiva y del Estatuto de los Trabajadores **a los procesos de remunicipalización.**

Una primera e importante cuestión que hay que plantearse en los casos de remunicipalización de servicios es la siguiente: ¿Son aplicables las normas del derecho laboral sobre sucesión de empresas en los casos de fusión, cesión o sucesión en los contratos a los procesos de reinternalización de servicios públicos? Ya adelantamos que la respuesta es afirmativa en la gran mayoría de los casos, a pesar de que el empleo público se rige por el Texto Refundido del **Estatuto Básico del Empleado Público**, aprobado por **Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre,** que en materia de selección establece en su artículo 55 que las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los de publicidad de convocatorias y bases, transparencia, etc.

Por otro lado, la **Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad** (en adelante Directiva 2001/23/CE)[1], regula los derechos de los trabajadores en los casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión en la Unión Europea. Sustituye a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, que había sido modificada de forma sustancial. La Directiva supone un desarrollo de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989 (en adelante «Carta Social»), que se basa fundamentalmente en que «la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea».

La Directiva 2001/23/CE se elabora por el Consejo con la finalidad de «proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos»[2] ya que, debido al crecimiento económico, son habituales las modificaciones de la estructura de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante traspasos a otros empresarios de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o de cesiones de contratos.

La Directiva establece en su artículo 1.c) que la misma «será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro». Sin embargo, «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva».

Al establecer, no sólo que la Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas, sino también a actividades económicas con

[1] «DOCE» n.º 82, de 22 de marzo de 2001, pp. 16 a 20.

[2] Considerando (3) de la Directiva.

o sin ánimo de lucro, **la jurisprudencia europea y la nacional han entendido**, como veremos más adelante, **que la Directiva 2001/23/CE y el resto de la normativa laboral** de transposición y desarrollo de la misma, **son aplicables a los procesos de remunicipalización o reinternalización de servicios públicos en general.**

La contraposición de dos tipos de normas, las administrativas y las laborales, en este caso, exige un necesario esfuerzo del legislador para cohonestar los derechos y las obligaciones que dimanan de unas y otras normas; esfuerzo que, hasta la fecha, brilla por su ausencia en nuestro país, si bien algún impulso meritorio se ha producido recientemente, ya que se ha presentado alguna iniciativa en este sentido, en forma de proposición de ley[3].

En todo caso, como ha puesto de manifiesto la mayoría de la doctrina, **es urgente y necesaria una regulación específica** de la subrogación del personal en los casos de reinternalización de los servicios públicos para evitar la inseguridad jurídica a que se ven sometidos estos procesos[4]. Ha sido la jurisprudencia europea, y la nacional a remolque de aquélla, la que ha ido construyendo los principios generales de la subrogación o no de los trabajadores en los procedimientos de reversión de servicios públicos ante las decisiones de cambio en la forma de gestión, de indirecta a cualesquiera de las formas de gestión directa previstas por la Ley. Tanto el TJUE como el Tribunal Supremo y el resto de los órganos judiciales nacionales han evacuado un **gran número de sentencias no todas ellas claras y, en ocasiones, contradictorias**[5].

En el caso de las Entidades Locales, son muy numerosos los procesos de remunicipalización que, de una forma u otra, terminan en los tribunales en lo referente a la subrogación del personal, al no existir claridad

---

[3] Proposición de Ley para la Regulación de los Servicios de Agua y Saneamiento. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. BOCG de 11 de enero de 2019 Núm. 361-1. Ver su Disposición adicional segunda, p. 18.

[4] Castillo Blanco, F. (2017, p. 14):

> Como hemos advertido, estos procesos, por las consecuencias jurídicas que comportan, aconsejan que haya una norma con rango de ley, más allá de las previsiones establecidas en la legislación laboral, que tase las circunstancias o casos en los que se pueden aplicar dichas integraciones mediante la subrogación en las relaciones laborales o a través de esas declaraciones de «a extinguir». Las singularidades que presenta la integración de personal en el sector público así lo aconsejan.

Esta obra se puede consultar en http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/CEMICAL_reinternalizacion_servicios_publicos.pdf.

[5] Castillo Blanco, F., (2017, p. 10), *opus cit.*: «Hasta ahora, los vacíos se han salvado mediante una jurisprudencia cambiante y, no está de más ponerlo de manifiesto, en ocasiones desconcertante e incluso contradictoria.» En el mismo sentido: Mauri Majós, J. (2017a, pp. 79 y ss.).

en la actual normativa. El caso de la remunicipalización de los servicios de agua del Ayuntamiento de Valladolid, al que se hace referencia especial en este Manual, fue objeto de judicialización en todos sus aspectos —incluso el Ministerio de Hacienda y Función Pública impugnó en su día el proceso—. Igual sucede con otros muchos, por la especial contraposición de intereses económicos y sociales que se dan en estos casos, sin que el legislador haya articulado una regulación adecuada hasta el momento.

Luego hablaremos de la escasa normativa administrativa sobre esta cuestión. En cuanto a la normativa laboral, en el Estado Español es el **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores** (en adelante ET), el que ha traspuesto la Directiva 2001/23/CE. La regulación de los derechos de los trabajadores en los casos de sucesión de empresa se encuentra recogida, en concreto, en el **artículo 44**, que, bajo el epígrafe «**La sucesión de empresa**», establece lo siguiente, en sus apartados 1 a 8:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.
2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.
3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

   El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.
4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabaja-

dores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.
6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos:

    a) Fecha prevista de la transmisión.
    b) Motivos de la transmisión.
    c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.
    d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.
8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

A lo largo de este capítulo iremos desgranando cada uno de sus apartados y los problemas de interpretación que se están planteando, pero ahora nos centraremos en la aplicabilidad de la Directiva y el artículo 44 ET a los procesos de remunicipalización.

El Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TJUE juegan un papel esencial en cuanto a las circunstancias que han de darse para que exista sucesión de empresa en los términos de la Directiva y para la aplicación de esta figura de la sucesión de empresa en los procesos de

remunicipalización. Como hemos dicho anteriormente, el artículo 1.1.c) de la Directiva 2001/23/CE establece que la misma será aplicable «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro».

Está, por tanto, fuera de toda duda que, si se dan las circunstancias y requisitos exigidos para la sucesión de empresa —que luego examinaremos—, esta es aplicable al sector público, y por tanto al sector público local y a los procesos de reinternalización de los servicios públicos locales, pues la referencia a actividades económicas con o sin ánimo de lucro no deja lugar a dudas, y así lo viene recogiendo la jurisprudencia del TJUE. Por citar algunos ejemplos: SSTJUE de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C 175/99, Rec. p. I-7755, apartados 29, 33 y 34; de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23; de 20 de enero 2011 (C-463/09, asunto Clece) que sientan el criterio de que el hecho de que se trate de un ayuntamiento no excluye la aplicación de la Directiva, y en concreto, en esta última sentencia citada, que la asunción de un servicio público municipal a la finalización del contrato no está excluida de la aplicación de la Directiva. Cabe citar también como ejemplos las SSTJUE de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Rec. p. I-3189; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237; y de 26 de noviembre 2015 (C-509/14, caso Adif) referidas a diversos organismos de derecho público.

La STJUE de 14 de septiembre de 2000, C-195/2000, recoge la norma general de que el hecho de que el cedente sea una persona de derecho privado y el cesionario una entidad de derecho público, no excluye que se pueda producir una sucesión de empresa.

A mayor abundamiento, en la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/2009 (Asunto UGT-FSP) se sienta la base de que la sucesión de empresa puede tener su origen y fundamento, incluso, en una decisión unilateral del poder público sin que sea necesario siquiera un acuerdo contractual[6].

Hoy es incuestionable, como digo, la aplicación de la Directiva a los procesos de remunicipalización o reinternalización de servicios de las Administraciones Públicas. Hemos seleccionado al respecto unos extractos significativos de cinco sentencias del TJUE de las más ilustrativas en este sentido, en el cuadro 3.1.

[6] Igualmente STJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/2002.

CUADRO 3.1
APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La aplicación de la Directiva a las administraciones públicas ha sido objeto de pronunciamientos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en numerosas sentencias, de las cuales destacamos, por su interés, los siguientes extractos de algunas de las más relevantes:

A.– Sentencia del TJCE, de 10.01.2006, C-175/99, asunto Didier Mayeur.

Interpretación de la Directiva:

> […] debe interpretarse en el sentido de que ésta es aplicable a un municipio, persona jurídica de Derecho público que actúa conforme a normas específicas de Derecho administrativo, que se hace cargo de las actividades de publicidad e información de los servicios que ofrece al público, hasta entonces ejercidas, en interés de dicho municipio, por una asociación sin ánimo de lucro, persona jurídica de Derecho privado, siempre que la entidad cedida conserve su identidad.

B.– Sentencia del TJUE, de 6.09.2011, Asunto C-108/10, caso Ivana Scattolon

Muy clara al respecto en los apartados 85.1 y, especialmente, en el 56, 57 y 58:

> [85.1] La subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro.
>
> [56] El Tribunal de Justicia ha estimado en especial que la creación de una agrupación de municipios y la asunción por ésta de ciertas competencias de los municipios que forman parte de ella constituyen una reordenación del ejercicio del poder público y no pueden por tanto incluirse en el ámbito de la Directiva 77/187 (véase la sentencia Henke, antes citada, apartados 16 y 17), a la vez que en otros asuntos ha juzgado que la transferencia de personal que ejerce actividades de naturaleza económica en una administración pública se rige por dicha Directiva (véanse en particular las sentencias antes citadas Hidalgo y otros, apartado 24, y Collino y Chiappero, apartado 32).
>
> [57] Nada justificaría ampliar esa jurisprudencia en el sentido de que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva 77/187 por el único motivo de que esa transferencia forme parte de una reorganización de dicha administración.
>
> [58] Es importante considerar al respecto que si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección prevista por esa Directiva. Ese resultado sería difícilmente conciliable tanto con el texto del artículo 2 de ésta, según el cual puede ser cedente o cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga

> la calidad de empresario, como con la necesidad, habida cuenta del objetivo de protección social que persigue dicha Directiva, de interpretar las excepciones a su aplicación de manera estricta (véase, en lo que atañe a la Directiva 2001/23, la sentencia de 11 de junio de 2009, Comisión/Italia, C-561/07, Rec. p. I-4959, apartado 30 y la jurisprudencia citada).
>
> [59] Por último, es preciso poner de relieve que la aplicación de las reglas enunciadas por la Directiva 77/187 en situaciones como la del litigio principal no afecta a la facultad de los Estados miembros de racionalizar sus administraciones públicas. La aplicabilidad de esa Directiva tiene como único efecto impedir que los trabajadores transferidos se encuentren, a causa únicamente de esa transferencia, en peor situación que antes de ella. De esa forma, como el Tribunal de Justicia ya ha afirmado en numerosas ocasiones y resulta además del artículo 4 de la Directiva 77/187, ésta no priva a los Estados miembros de la facultad de permitir que los empresarios modifiquen la relación laboral en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente en lo que se refiere a la protección contra el despido y a las condiciones retributivas. La citada Directiva prohíbe sólo que la transmisión de empresa constituya por sí misma el motivo de dicha modificación (véanse en ese sentido en especial las sentencias de 10 de febrero de 1988, Tellerup, denominada «Daddy's Dance Hall», 324/86, Rec. p. 739, apartado 17; de 12 noviembre 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 28, y Collino y Chiappero, antes citada, apartado 52).

C.– La sentencia del TJUE, de 26.11.2015, Asunto C-509/14, caso Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que dio lugar a la posterior sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22.12.2015, recurso 1285/2014.

Se trata de ADIF, una empresa pública titular de un servicio público que se presta por otra empresa privada en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos de manipulación de unidades de transporte intermodal. Este contrato no se prorroga a su vencimiento, pero el TJUE considera que se mantiene la identidad de la entidad económica, cuya actividad se basa esencialmente en el equipamiento, por lo que la decisión de no subrogar a los trabajadores se considera contraria a la Directiva.

Según esta sentencia, el artículo 1.1.c) de la Directiva,

> […] debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de esta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

- El origen es una cuestión prejudicial planteada el 8 de septiembre de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) que ha aplicado la doctrina en ella contenida en las sentencias números 2479/2015 de 22 diciembre (JUR\2016\58179), 156/2016 de 2 febrero (JUR\2016\78222), y 231/2016 de 9 febrero (JUR\2016\78341), relativas al pleito de ADIF con ALGEPOSA TERMINALES FERROVIARIOS S.L. cuando dicha empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, que había confiado mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a ALGEPOSA, poniendo a disposición de esta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo la iba a explotar con su propio personal.

- La primera consideración que, a este respecto, realiza la Sentencia del TJUE es que la condición de organismo de derecho público no excluye la existencia de transmisión comprendida en el ámbito de la Directiva europea.
- Sobre este punto el TJUE dice que están incluidos en el ámbito de la Directiva comunitaria antes indicada «todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales».
- A continuación el TJUE introduce un matiz esencial con respecto a otros pronunciamientos propios en los que había mantenido la inexistencia de subrogación —como el contenido en la citada STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto CLECE, C-463/09 en la que entendió que no había subrogación en caso de asunción directa del servicio de limpieza de dependencias municipales porque se trata de un sector intensivo en mano de obra en el que el ente municipal no ha asumido parte de la plantilla de la contratista—.
- En el caso enjuiciado ahora, el servicio requiere un equipamiento importante —se ponen a disposición del contratista grúas y locales, que resultan indispensables para llevar a cabo la actividad—, por lo que no puede considerarse como un servicio basado, esencialmente, en la mano de obra.
- Para el TJUE, el hecho de que los medios materiales con que se realiza el servicio sean de titularidad de la empresa pública carece de pertinencia, pues no permite excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva comunitaria.
- Aunque está referida a un ente instrumental, la doctrina contenida en la indicada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea creo que puede resultar de aplicación a cualquier organismo de Derecho Público, también los Ayuntamientos, al estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, como declaró el TJUE en la citada Sentencia de 20 de enero de 2011 (Asunto CLECE, C-463/09).

En la sentencia posterior del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22.12.2015, se declara:

> […] que el contrato de trabajo del demandante no se ha extinguido por ADIF invocando la cobertura reglamentaria de su plaza ni, por lo demás, el mero hecho de decidir dar el servicio con su propio personal supone esa cobertura reglamentaria cuando, como es el caso, implica no cumplir con el deber de subrogación legalmente previsto. ADIF tergiversa el orden de examen de los acontecimientos: si decide dar el servicio directamente, ha de hacerlo con el personal de la contratista, que es con quien legalmente ha de darlo y no con quien no lo hacía ni debía hacerlo. Su decisión es un despido improcedente y no el cumplimiento de una condición resolutoria de su contrato […]

D.– La sentencia del TJUE, de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16, caso Luís Manuel Piscarreta Ricardo.

Según esta sentencia del TJUE el apartado 1 letra c) del artículo 1 de la Directiva:

> […] debe interpretarse en el sentido de que una situación en la que una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, es disuelta por acuerdo del órgano ejecutivo de dicho municipio, y cuyas actividades se transmiten parcialmente a ese municipio y pasan a ser ejercidas directamente por él, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el citado municipio es también único accionista, está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva, siempre que se mantenga la identidad de la empresa en cuestión después de la transmisión, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

E.– STJUE, de 7 de agosto de 2018, asunto C-472/16, Ayuntamiento de Valladolid.

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, al que el Ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de esa actividad, la finaliza dos meses antes de terminar el curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales.

Está clara pues, y fuera de toda duda, la aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE, a los procesos de reinternalización de los servicios públicos, y por tanto la subrogación en los trabajadores de la empresa contratista cedente, y mucho más tras la aprobación de la **Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público** de 8 de noviembre (LCSP) que ha recogido expresamente esta previsión en su **artículo 130**[7]:

> 3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

En todo caso, quedan excluidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1.c) de la Directiva, «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas».

3.2. Los distintos tipos de sucesión de empresas

Siguiendo a Mauri Majós (2017b), la doctrina y la jurisprudencia vienen distinguiendo entre **tres tipos** de sucesión: **la legal, la convencional y la contractual**.

[7] La redacción final de este apartado del artículo 130 es fruto de la aprobación de dos enmiendas en el Senado, de los Grupos Parlamentarios Socialista y de Esquerra Republicana cuya fundamentación principal era aportar seguridad jurídica a los licitadores. En la fundamentación se dice además que «se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados». Está clarísima, pues, la intención del legislador.

Puede existir también sucesión de empresa procedente de una norma *ad hoc* específica, como luego veremos.

- **La sucesión legal,** o sucesión *ope legis*, se da cuando se produce la «transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados con el fin último de desarrollar una actividad propia, esencial o accesoria», siguiendo la literalidad de los artículos 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE y 44.2 ET, cuyos requisitos han sido interpretados por la doctrina elaborada por el TJUE y por el TS. Una variante de este tipo de sucesión es la denominada por la doctrina «sucesión de plantillas».
- **La sucesión convencional** es la impuesta por un convenio colectivo sectorial, no por un convenio de empresa.
- **La sucesión contractual** es la que se deriva de lo impuesto por el pliego de condiciones de un contrato.

Una descripción detallada de los tipos de sucesión de empresa puede observarse en la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013, FJ 4 *in fine*[8]. Esta Sentencia da entidad propia a la denominada sucesión de plantillas e introduce un nuevo tipo de sucesión consistente en la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y la cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET[9].

Como bien dice Castillo Blanco[10], ninguno de estos tipos de sucesión ha sido pacífico en su ejecución. Hay una prolija y abundantísima jurisprudencia con pronunciamientos contradictorios en varios casos. Vamos a tratar de aclarar, en los epígrafes siguientes y en la medida de lo posible, en qué casos se puede dar la sucesión de empresa y consiguiente subrogación de trabajadores y en cuáles no.

3.2.1. La sucesión legal. La subrogación *ope legis* en las relaciones laborales. La doctrina de la sucesión de plantillas

Es el supuesto típico de sucesión de empresa y goza de preferencia sobre el resto. Los demás operarán en el caso de que previamente se haya descartado este tipo de sucesión de empresa.

---

[8] ROJ STSJ M 2577/2013 – ECLI: ES:TSJM:2013:2577.

[9] Según la STSJ citada:

> [...] supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de *handling*, [por todas STS 29-2-2000], que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil.

[10] Castillo Blanco, F. (2017), *opus cit*.

Se basa en lo dispuesto en el artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE:

> […]se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

Este texto se ha trasladado literalmente al artículo 44.2 ET.

La STS de 5 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1804/2013 — ECLI: ES: TS:2013:1804), muy ilustrativa al respecto, realiza un resumen de los requisitos que han de darse para que se produzca este tipo de sucesión, recopilando la jurisprudencia anterior tanto comunitaria como del Tribunal Supremo. En su Fundamento Jurídico 4º, dice lo siguiente:

> La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.
>
> **En cuanto al objeto de la transmisión** en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:
>
> 1) el objeto de la transmisión ha de ser «un **conjunto organizado de personas y elementos** que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio»;
>
> 2) dicho objeto «no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial» reduciéndose «en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia» «a su mínima expresión», en tanto en cuanto «la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra»;
>
> 3) de lo anterior se desprende que «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción»;
>
> 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa «si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior»;

5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida «continúe efectivamente» o que luego «se reanude».

En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

6) La expresión del artículo 44.1 ET «transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva» es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente «traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad»;

7) el acto o hecho de «transmisión de un conjunto de medios organizados» **no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales** del cedente al cesionario;

8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;

9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Dos puntos doctrinales más de carácter general [que resultan especialmente relevantes] conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva «han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate», entre ellos:
    - «**el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate**»,
    - «**el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles**»,
    - «el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión»,
    - «**el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores**»,
    - «**el que se haya transmitido o no la clientela**»,

- **«el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión»,**
- **«la duración de una eventual suspensión de dichas actividades»;**

11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo («sucesión de empresa») generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET **opera por imperativo de la ley** *(ope legis),* sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

Esta Sentencia recoge desde luego los requisitos necesarios y no necesita muchos más comentarios y aclaraciones. En todo caso, para mayor conocimiento citaremos una serie de Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Justicia que han ido determinando en qué casos se da o no la sucesión de empresa[11]:

- SSTS de 8 de junio de 2016 (Rec. 224/2015) y de 14 de abril de 2016 (Rec. 35/2015), entre otras, que sientan la base de que lo transmitido tiene que ser una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, pero *no unos elementos patrimoniales aislados.*

- STJUE de 6 de marzo de 2014 (Asunto Amatori. TJCE 2014, 60) entre otras, que sienta el principio de que no es necesaria la total independencia del cesionario respecto del cedente para que se dé sucesión de empresa, pudiendo haber control de la cedente sobre la cesionaria.

- SSTJUE de 9 septiembre de 2015 (Asunto Ferreira da Silva C-160/14) y de 12 de febrero de 2009 (Asunto Klarenberg. TJCE 2009, 29), entre otras muchas, que no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario lo que tiene que pervivir tras la transmisión, sino el vínculo funcional de interdependencia.

- STS de 26 junio 2002, (ROJ: STS 9074/2002), que considera que es un elemento fundamental para que se produzca la sucesión de empresa que se dé una «transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación».

[11] Un interesante elenco de Sentencias al respecto se puede ver en Todolí Signes, Adrián (dir.) y Martínez Saldaña, David (coord.) (2017).

- STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, apartado 29) sienta la base de que la interpretación de los conceptos contenidos en la norma comunitaria ha de ser lo suficientemente «flexible» para responder al objetivo de la Directiva 2001/23 de «proteger a los trabajadores por cuenta ajena en el caso de transmisión de empresa».

- STJCE 24/1985, de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers; 13/1995, de 11 de marzo de 1997, asunto Süzen; 234/1998, de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen y otros, y 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto Comisión contra Italia, entre otras, que consideran que estos elementos anteriormente relacionados son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

Una variante de esta sucesión legal es la denominada por la doctrina y la jurisprudencia «**sucesión de plantillas**». Si bien la jurisprudencia del TJUE, asumida por nuestro TS[12], venía exigiendo, para que se diese la sucesión de empresa, la necesidad de la entrega de elementos patrimoniales del cedente al cesionario —instalaciones, maquinaria, medios materiales o inmateriales de todo tipo—, una determinada línea doctrinal y jurisprudencial ha considerado sin embargo que, **en aquellos sectores donde la mano de obra es el elemento más importante,** y prácticamente el único elemento de la organización funcional de la empresa, como por ejemplo los sectores de limpieza o vigilancia —donde los elementos patrimoniales no tienen importancia cuantitativa ni cualitativa—, **basta con que el cesionario asuma toda o una parte importante de la plantilla, para que se produzca la sucesión de empresa** y por tanto la subrogación de los trabajadores.

En muchas sentencias, por ejemplo las ya citadas 13/1995, de 11 de marzo de 1997, asunto Süzen, apartado 18[13]; la de 10 de diciembre

---

[12] Entre otras, STS de 13 de marzo de 1990:

> […] ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas, a los efectos del reiterado artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales.

[13] Sentencia Süzen, antes citada, apartado 18:

> En efecto, como se recuerda en el apartado 14 de la presente sentencia, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a

de 1998, recaída en los asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal y otros, apartado 31; y de 29 de julio de 2010, C-151/2009 (Asunto UGT-FSP), apartado 28, el TJUE se inclina por esta tesis, manteniendo que **la identidad de la entidad económica** que funciona sin elementos significativos de activo material o inmaterial, **se mantiene** cuando se traspasa la misma a otro operador económico sin necesidad del traspaso de medios materiales, **cuando se incorpora a una parte importante de la plantilla anterior, cuantitativa o cualitativamente hablando.**

El apartado 32 de la STJUE de 10 de diciembre de 1998 (Hernández Vidal y otros) es muy claro al respecto:

> Así pues, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (sentencia Süzen, antes citada, apartado 21).

Sienta la condición de que el nuevo empresario tiene que asumir «una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal» del antecesor[14].

En nuestra jurisprudencia, en el mismo sentido cabe citar las SSTS de 29 de mayo y 27 de junio de 2008, 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y RJ 7202) y confirmada posteriormente por muchas otras (STS 28 de

---

> los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva [77/187] varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

[14] Ver también: Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29.

abril de 2009 [RJ 2997] y 7 de diciembre de 2011 [RJ 2012/106]), STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 enero 2009 (Rec. 129/2008) y la STS de 7 diciembre 2011 (Rec. 4665/2010). Todas citadas por Castillo Blanco, F. (2017, pp. 71-72).

Es interesante por ilustrativa la STS Sala de lo Social de 9 de julio de 2014 (ROJ: STS 3581/2014 — ECLI: ES: TS: 2014:3581), entre otras que definen el concepto de «sucesión de plantillas»:

> QUINTO.— Sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la «sucesión de plantillas», de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratas o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos. El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con «sucesión de plantillas» se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas:
>
> A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios («empresa entrante») sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades («empresa saliente») por cuenta o a favor de un tercero (empresa «principal» o entidad «comitente»);
>
> B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la «empresa saliente», encargando a la «empresa entrante» servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior;
>
> C) la «empresa entrante» ha **incorporado** al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a **una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores** de la «empresa saliente»; y
>
> D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la «mano de obra» organizada u organización de trabajo.

Igualmente la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013, anteriormente citada (FJ 4 *in fine* apartado E) donde, tras citar cada uno de los supuestos de sucesión de empresa, se refiere a la sucesión de plantillas, recordándonos:

> […] que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece.

Y que este supuesto de la sucesión de plantillas **cabe «aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones»:**

> E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descanse esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004, (aun suscitando en la misma ciertas «reservas», entre otras razones, «por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger»), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece.

Hay excepciones, sin embargo, a la aplicación de este principio de sucesión de plantillas. Por ejemplo, la famosa Sentencia STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto CLECE C-463/09). Esta Sentencia, que responde a la petición de decisión prejudicial del TSJ de Castilla-La Mancha, resuelve sobre la demanda de una trabajadora de limpieza de colegios y dependencias municipales, que había pertenecido a la plantilla de CLECE hasta que el Ayuntamiento de Cobisa decidió prestar, por gestión directa sin órgano especial de administración, dicho servicio. Además,

el Ayuntamiento de Cobisa contrató a cinco trabajadoras de una bolsa de trabajo para la limpieza de sus dependencias. Solo interpone demanda una sola trabajadora. El TJUE, tras insistir en que se da la sucesión de empresa en los supuestos mencionados siguiendo la doctrina de la sucesión de plantillas (apartados 35 y 36), sentencia que, en todo caso, para que esta se produzca es necesario que se subrogue a una parte importante de la plantilla, la mayor parte de la misma:

> En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

Sentando así la base de que:

> […] la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.

Hay que añadir aquí que dicho nuevo personal formaba parte de una bolsa de trabajo que había sido elaborada en base a criterios de igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, es una excepción a esta doctrina. Existen otras excepciones, pues, si bien la jurisprudencia ha optado claramente por esta doctrina, hay también contradicciones en esta línea.

Finalmente, hay que señalar que procede también la subrogación de los trabajadores cuando lo prevea una norma *ad hoc* específica referida a algún caso concreto. Esta modalidad se viene utilizando habitualmente en los procesos de reorganización administrativa, que están excluidos de la Directiva 2001/23 por el artículo 1.3. Todolí, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) citan a este respecto algunos ejemplos, siguiendo en parte a Sempere Navarro, A. V. (2014):

- Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre que establece en su artículo 8 que la entidad de capital público denominada AENA AEROPUERTOS se subrogará en todos los contratos laborales del personal a transferir procedente de AENA.

- Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, por el que se establece el régimen y destino del patrimonio y personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior.

- Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuya Disposición adicional vigésima cuarta aprobó el régimen de integración de notarios y corredores de comercio colegiados en un Cuerpo único de Notarios, que depende del Ministerio de Justicia.

- Ley del Parlamento de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, mediante la que la empresa pública de Inspección Técnica de Vehículos VEIASA recuperó las estaciones de ITV, si bien esta subrogación se produjo por tratarse de sucesión de empresa del artículo 44 ET.

A ellos podemos añadir los siguientes:

- Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que en su art. 5, en relación con la integración de una fundación en un organismo autónomo, establece que la incorporación del personal se realizará con la condición de «a extinguir» y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público, pues «únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público».

- Decreto-Ley 7/2012, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat Valenciana, que regula la situación en la que quedan los trabajadores indefinidos de las sociedades o fundaciones públicas extinguidas y cuyas funciones son asumidas por otras.

- Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, que regula en su Disposición adicional octava los efectos laborales de la reversión del Hospital de Alzira y del departamento de salud de La Ribera, debiendo subrogarse en los contratos de trabajo la Generalitat Valenciana. Los trabajadores continuarán prestando sus servicios con la condición de personal «a extinguir».

- Y finalmente cabe reseñar el **artículo 130.2 LCSP,** que establece:

> Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un **Centro Especial de Empleo**, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de **todas las personas con discapacidad** que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

Es decir que, en los casos de trabajadores con algún tipo de diversidad funcional de los centros especiales de empleo, la subrogación es siempre obligatoria, lo cual nos parece una medida social muy adecuada.

Esta última modalidad de subrogación, la norma *ad hoc,* puede solucionar y de hecho soluciona, en los procesos de reorganización de las Administraciones Públicas, el problema de que el personal que se integre pueda desempeñar puestos funcionariales y no laborales, solución que se adoptó en el caso citado del Hospital de Alzira:

> No será obstáculo a lo anterior (la aplicación del art. 44 ET) la calificación de las plazas que pueda ocupar este personal como propias de personal estatutario, pudiendo desempeñarlas transitoriamente en la condición a extinguir.

3.2.2. La sucesión convencional

Como decíamos, la sucesión convencional es la derivada de lo dispuesto en un convenio colectivo sectorial.

Existen numerosos convenios colectivos sectoriales cuyo ámbito de actividad puede afectar a los que desarrollan las Entidades Locales. La STSJ de 13 de enero de 2012 (AS 2012, 461) recoge una serie de convenios colectivos en los que se recogen cláusulas subrogatorias de los trabajadores y en los que por tanto se puede dar el supuesto de la subrogación convencional:

> Así, en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos; asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*); atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas; construcción; *contact center;* contratas ferroviarias; empresas concesio-

narias y privadas de aparcamientos de vehículos; entrega domiciliaria; hostelería; instalaciones deportivas; juego del bingo; limpieza de edificios y locales; limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado; mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público; puertos de Estado y autoridades portuarias; regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto sin direccional; seguridad; transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además, existe una relación de sectores que regulan la subrogación en sus Convenios Sectoriales autonómicos y/o provinciales.

En el caso de los servicios relativos al ciclo integral del agua, el actualmente aplicable es el V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, publicado por Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo[15].

Hasta la entrada en vigor de la LCSP, la doctrina se ha venido pronunciando en que algunas sentencias que han construido una línea jurisprudencial que se apartaba de otra anterior, ha considerado taxativamente que las cláusulas de subrogación previstas en los Convenios Colectivos no pueden afectar a los organismos públicos, por varias razones, entre las cuales se incluían que las cláusulas convencionales discutidas sólo resultan de aplicación a las empresas que están incorporadas expresamente al ámbito subjetivo del convenio; que los preceptos de un instrumento convencional sólo pueden concernir a las empresas que han sido representadas por las partes en la negociación, entre las cuales no hay Administraciones, que difícilmente pueden estar integradas en una asociación empresarial; y, sobre todo, que la subrogación se oponía frontalmente a las previsiones del artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público, en el que se indicaba que la extinción de los contratos de servicios no podrá producir la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público correspondiente[16].

Se mencionan a este respecto, entre otras, la STS de 22 de mayo de 2000 (RJ 4624), que sentaba la base de que el convenio colectivo:

---

[15] BOE n.º 264 de 4 de noviembre de 2015.

[16] Mauri Majós, Joan (2017b). En el mismo sentido Rodríguez Escanciano, S. (2017) y García Perrote, I. (2014, p. 602), entre otros.

> […] no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

Los órganos de la Administración no están representados normalmente entre las empresas que negocian los convenios y por tanto no serían de aplicación obligatoria las cláusulas de dichos convenios a las Administraciones según la citada Sentencia. En sentido parecido, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 (RJ 5423) y de 26 de julio de 2012 (RJ 9976), o, entre otras, la de 10 de diciembre de 2008.

Sin perjuicio de ello, otra línea jurisprudencial se ha venido pronunciando en sentido contrario, y sigue aplicando, incluso en sentencias recientes, la tesis de que es aplicable la subrogación convencional a los entes públicos: la STS Sala de lo Social de 15 de julio de 2015 (Rec. 3911/2014), por ejemplo, confirma la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de octubre de 2014 (Rec. 195/2014) que aplicó la subrogación convencional del convenio de limpieza a un consorcio que venía aplicando a sus trabajadores este convenio sectorial. Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye en su Informe 58/09 de 26 de febrero de 2010 que:

> El hecho de no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato de la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector.

En todo caso se ha entendido que las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos sectoriales son aplicables a las sociedades mercantiles públicas y otros entes dependientes del sector público que operen con arreglo a las normas de derecho privado. Además, como dice Castillo Blanco (2017, p. 90), en numerosas entidades locales pequeñas o medianas no existe norma alguna que regule las condiciones de trabajo, por lo que hay que tener en cuenta que, en estos supuestos, es el convenio sectorial el que regula las condiciones de trabajo del personal laboral a falta de convenio propio. En estos casos, la Administración que pase a prestar directamente el servicio se deberá subrogar en la posición de la empresa anterior siempre que exista una cláusula convencional al respecto, según el citado autor, tesis que compartimos. Pone

como ejemplo representativo de la jurisprudencia en este sentido la STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2014 (ROJ: 2709/2014).

A partir de la entrada en vigor de la LCSP, las cláusulas de subrogación de los trabajadores contenidas en los convenios colectivos o acuerdos de negociación colectiva de eficacia general son claramente aplicables, en nuestra opinión, a los procesos de reinternalización de servicios públicos, bien se efectúen por entes sujetos al derecho privado en su actuación, bien por entes sujetos al derecho público o por las propias Administraciones sin órgano interpuesto. El tenor literal del artículo 130.3 es claro:

> En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Por tanto, siempre que se trate de un Convenio Colectivo de eficacia general, que es el negociado y tramitado cumpliendo los requisitos de los artículos 87 a 89 ET —y que son objeto de publicación en el BOE o Boletín Oficial correspondiente al ámbito de aplicación del Convenio—, y dicho Convenio contenga cláusulas de subrogación de los trabajadores, hay que entender que es aplicable a los procesos de remunicipalización de servicios y reinternalización de servicios públicos en general; frente a los denominados convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada, también denominados pactos colectivos extraestatutarios, que son acuerdos suscritos entre los trabajadores y los empresarios o entre los representantes de unos y otros, que regulan aspectos de la relación laboral pero no reúnen todos los requisitos para ser calificados como Convenio Colectivo del Estatuto de los Trabajadores, y que solamente obligan a los que los negocian, bien directamente, bien por sus representantes, careciendo de eficacia normativa general[17]. Estos convenios no son objeto de publicación[18].

Si bien hay algún sector de la doctrina que ha planteado dudas respecto de esta interpretación del artículo 130.3[19], hasta ahora, que

---

[17] Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social — NIPO: 270-15-063-7. http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_12/contenidos/guia_12_24_2.htm. Se pueden consultar también STS 14/12/1996 (R. 3063/1995) y 25/01/1999 (R. 1584/19989) y SAN 21/09/2012 (R. 71/2012).

[18] Véanse también sobre convenios no publicados y sus efectos SAN 11/10/2005 (R. 55/2005) y STSJ Cataluña, de 10/05/1999.

[19] Por ejemplo: Peña Molina, M. (2018, pp. 90 y ss.) y Beltran de Heredia Ruiz, I. (2018a, pp. 94-105).

sepamos, no se ha pronunciado nadie en contra de la interpretación anterior, dada la claridad con que se expresa la Ley. Goerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E. (2018, pp. 102-114) se pronuncian muy claramente en este sentido haciendo referencia a que, frente a la disp. adic. 26ª LPGE-2017, el art. 130.3 LCSP parece mostrar una visión mucho más normalizada del juego de las reglas sobre transmisión de empresa en el ámbito de la reversión de servicios. Llaman la atención sobre el hecho de que, de un lado, la aplicación de las reglas legales —o convencionales— no queda sujeta de forma expresa a límite procedimental alguno. Entienden que ello podría fácilmente interpretarse en el sentido de que resultan de aplicación con normalidad las normas laborales de modo que la Administración quedaría obligada a la subrogación por el mero hecho de la sucesión en la prestación si existe transmisión o lo prevé el convenio, sin que fuera necesaria la existencia de una sentencia ni tampoco un previo proceso selectivo adaptado a las exigencias de los principios de igualdad y capacidad y mérito.

Para ello se basan en la motivación de las enmiendas que se presentaron durante la tramitación parlamentaria, que obedecían al propósito de «aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio». Para evitar esta cuestión «se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados»[20].

Esperemos que esta claridad de la Ley suponga el inicio de una nueva actitud del legislador en este ámbito, que se vaya eliminando la excesiva e incluso angustiosa ambigüedad de quien tiene la obligación de ser especialmente claro, y que la jurisprudencia titubeante e incluso contradictoria deje de serlo en este aspecto concreto.

Por lo que respecta a la alusión que efectúa el artículo 130.3 LCSP a los **acuerdos de negociación colectiva** de eficacia general, que tendrán la misma vinculación a estos efectos que los convenios colectivos, cabe preguntarse a qué se está refiriendo concretamente. Goerlich Peset y Nores Torres, que también optan por la tesis de que a partir de la LCSP son aplicables las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos a las propias Administraciones Públicas, son de la opinión de que, vistas las enmiendas que se presentaron en sede parlamentaria, parece

[20] El entrecomillado se encuentra en la enmienda 595 presentada por el GP Socialista. Pero en el mismo sentido se expresan las enmiendas 252 (GP de Esquerra Republicana) y 877 (GP Mixto-PDeCAT). Pueden verse en BOCG, serie A, 16 de marzo de 2017.

que se abre la posibilidad de que la subrogación de los trabajadores pueda establecerse en un acuerdo que afecte a funcionarios y trabajadores con arreglo al art. 38 EBEP[21]. En cualquier caso, la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/20009, sienta la base de que la transmisión constitutiva de una sucesión de empresa puede fundamentarse, incluso, en una decisión unilateral de un poder público sin necesidad de un acuerdo contractual (Mauri Majós, J., 2017b, p. 3).

En muchos de los supuestos litigiosos se ha terminado entendiendo que procedía la sucesión de empresa por darse los requisitos exigidos por el artículo 44 ET, con independencia de la procedencia o no de la subrogación convencional.

De todas formas, de proceder **la subrogación por aplicación del convenio** colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, y no por aplicación directa del artículo 44 ET o la Directiva, ésta **se producirá,** lógicamente, **sólo en los términos y condiciones que pueda haber fijado el propio convenio** colectivo de sector y siempre **sujeto a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente** (Mauri Majós, J., 2017b).

Lo normal es que las subrogaciones convencionales presenten algunos **límites** como, por ejemplo, la aplicación a los trabajadores que tengan una determinada antigüedad —o mejor dicho, la no subrogación de trabajadores que hayan accedido a la empresa en los últimos meses o el último año—. La STS de 30 septiembre 1999 (RJ 9100) recoge que «en los supuestos en que no se produce una transmisión de empresa en los términos del artículo 44 ET, la subrogación empresarial puede tener

---

[21] Goerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E., *Aspectos laborales… op.cit.*:

> [...] lo que perseguían las enmiendas era garantizar la aplicación «a las administraciones públicas (de) las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados»; y esa «identidad normativa» incluiría los eventuales deberes convencionales previstos en el convenio sectorial, entre ellos, el relativo a la obligación subrogatoria. Algún planteamiento doctrinal ya se había movido en esta línea, defendiendo la aplicación a las administraciones locales de las previsiones contenidas en un convenio sectorial cuando carecen de convenio propio. Esta solución, pese a lo criticable que puede parecer por apartarse de la lógica «tradicional» sobre la eficacia y alcance de la negociación colectiva, en el fondo no resulta muy diversa de la sostenida por el TS en relación con los Centros Especiales de Empleo y su sujeción en esta materia a las previsiones contenidas en convenios sectoriales distintos del propio, en concreto, los correspondientes al de la actividad que van a desarrollar —criterio que, por cierto, ha sido recogido en el art. 130.2.II LCSP-2017 (LA LEY 17734/2017)—.
>
> En definitiva, pues, la norma podría estar obligando a que la jurisprudencia modificase el criterio consolidado al que antes hemos hecho referencia. Esta solución, que podría tener sentido cuando la administración crease un ente para desarrollar actividades antaño externalizadas y hogaño internalizadas, supondría una importante novedad si se proyecta directamente sobre las AA.PP. Habrá que esperar, en todo caso, a que los pronunciamientos judiciales nos ilustren sobre su real viabilidad.

lugar con fundamento en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos, extensión y límites debe estarse».

El V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, establece al respecto lo siguiente:

> Será requisito necesario para tal subrogación que las personas trabajadoras del centro o centros de trabajo que se absorban lleven prestando sus servicios en el mismo, al menos cuatro meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue. El personal o trabajadores y trabajadoras que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados/as.

Otros, como el de hostelería, excluyen la aplicación a familiares. El de vigilancia y seguridad excluye a la cesionaria de las deudas salariales de la cedente, y así ha sido ratificado por la jurisprudencia[22].

Es importante mencionar **la importancia del cumplimiento de los deberes formales de información** que prevea el convenio: salarios y categorías laborales, cumplimiento de las obligaciones salariales de Seguridad Social, etc., pues puede no producirse la subrogación por el incumplimiento de los mismos. La STS de 12 de febrero de 2014 (RJ 2014, 950) declara que no ha lugar a la subrogación de los trabajadores por el incumplimiento de la entrega de la documentación por parte de una mancomunidad de municipios. Entre otras, la ya mencionada STS de 30 de septiembre de 1999 sigue la misma línea.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Supremo, en sentencia 28 julio 2003 (RJ 782), ha sentado la base de que:

> […] la subrogación puede operar incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social.

En cuanto a los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, la Resolución n.º 247/2015, de 13 de marzo, del TARC resuelve al respecto lo siguiente:

---

[22] Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) citan las siguientes SSTS de 7 de abril de 2016 (JUR 2016, 95806), 3 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2854) y de 1 de junio de 2016 (RJ 2016, 3745).

> Aplicando el anterior precepto al caso presente, cabe concluir que la información facilitada en el Anexo IV del PCAP de los trabajadores a subrogar, es la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría laboral, y cuyo detalle se ha descrito más arriba. Con esa información, estima el Tribunal que es suficiente para que el licitador y potencial adjudicatario conozca sin más el coste laboral de los trabajadores a subrogar. Determinar el Convenio Colectivo aplicable y demás cuestiones de la relación laboral —complementos fijos, pluses, porcentaje de jornada, etc.— son cuestiones excesivas a la información que debe facilitar el PCAP, y estar las mismas al alcance de las empresas participantes en el procedimiento de licitación, por dedicarse ellas a la actividad material objeto de licitación. Y por el contrario, con la información facilitada, las empresas, por medio de sus asesores laborales, conocen y pueden conocer con exactitud el coste laboral de los trabajadores a subrogar.

Hay que tener en cuenta actualmente, no obstante, lo previsto en el artículo 130.1 al que nos vamos a referir a continuación, en el apartado siguiente.

3.2.3. La sucesión contractual. Las previsiones contenidas en los pliegos de contratación pública

En primer lugar, siguiendo lo dicho en el apartado anterior, nos vamos a referir a la importancia de la **obligación de información** que ha de reflejarse **en los pliegos** sobre la subrogación del personal.

El artículo 130.1 LCSP establece al respecto lo siguiente:

> Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.
>
> A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

Tras imponer la obligación del contratista de facilitar la información, el precepto recoge con todo detalle el contenido mínimo de la misma, que se deberá aportar como parte de la información en todo caso: los listados del personal objeto de subrogación, debiendo relacionarse los datos que figuran en el cuadro 3.2.

CUADRO 3.2
DATOS A FACILITAR POR CADA UNO DE LOS TRABAJADORES A SUBROGAR (130.1 LCSP)

Convenio colectivo de aplicación: .....

Detalles de categoría: .....

Tipo de contrato: .....

Jornada: .....

Fecha de antigüedad: .....

Vencimiento del contrato: .....

Salario bruto anual: .....

Todos los pactos en vigor: .....

Ya nos hemos referido en el apartado anterior a la importancia de esta obligación así como a las consecuencias de su incumplimiento, que puede originar responsabilidad del órgano de contratación por afectar a derechos básicos de los trabajadores.

Hecha esta referencia a ese deber de información de los pliegos, diremos que **se viene denominando sucesión contractual a la que deriva de las cláusulas de los pliegos de condiciones**.

En la anterior normativa de contratos, el art. 120 TRLCSP hacía una referencia a esta cuestión cuando decía literalmente, refiriéndose a los deberes de información sobre subrogación de trabajadores, lo siguiente:

> [...] en aquellos Contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse [...]

En base a ello se podía interpretar que los pliegos podían establecer *per se* dicha obligación de subrogación. Actualmente la redacción del artículo 130.1 es distinta:

> Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales […]

Esto parece dar la razón a los administrativistas, frente a la doctrina social. Igualmente los Tribunales contenciosos y administrativos se venían pronunciando en contra de esta posibilidad, mientras que la jurisdicción social no entraba a cuestionar la validez de este tipo de cláusulas[23].

La doctrina administrativa, especialmente restrictiva en este sentido, se puede resumir en el siguiente extracto de un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid:

> En lo que respecta a la obligación de subrogación establecida, señalar que de conformidad con la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (por ejemplo sentencia de fecha 23 de enero de 2017) y, muy en particular, por su incidencia directa e inmediata sobre la contratación del Ayuntamiento de Madrid, por Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, ha quedado clara y zanjada —al menos hasta la fecha— la cuestión sobre la subrogación contractual. De acuerdo con estas resoluciones no es ajustada a Derecho la imposición de la subrogación contractual cuando ésta no está prevista en la Ley ni en los Convenios y tampoco se puede incluir la subrogación contractual como criterio de valoración en las licitaciones. La subrogación empresarial por tanto, solo podrá venir impuesta, bien por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, bien por el Convenio Colectivo aplicable, ambas, fuentes de Derecho laboral, pues la subrogación es una cuestión de naturaleza laboral ajena a la contratación pública.

Además de la Sentencia citada en el informe anterior, se pueden citar otras, como las SSTS de 28 de abril de 2009, de 16 de marzo de 2015 (Rec. 1009/2014)[24] (ROJ: STS 1475/2015) y de 8 de junio de 2016, (ROJ: STS 2675/2016), así como la STSJ de Madrid 1793/2011, de 23 de febrero de 2011 (Rec. núm. 741/2009):

---

[23] Las distintas posiciones de la jurisprudencia administrativa por un lado y social por otro, pueden examinarse en Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2017, pp. 1-16).

[24] Puede verse un análisis de esta Sentencia en Alfonso Mellado, C. L. (2016).

> La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Respecto de los Tribunales Administrativos, cabe citar la Resolución 58/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 10 de mayo de 2013, o la Resolución 69/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, de 28 de noviembre de 2013, así como las Resoluciones 181/2011, de 6 de junio; 134/2013, de 5 de abril; 872/2014, de 20 de noviembre, y 608/2013, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC). Esta última dice lo siguiente:

> Ello no significa que en el pliego deba contenerse una cláusula de subrogación, pues, como decíamos por ej. en la Resolución 75/2013, «la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos —Administración contratante y adjudicatario—, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un «contenido netamente laboral» (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio) y «que forman parte del status del trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. Apoyándonos al efecto en el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005, citado en la Resolución 271/2012, que consideraba que del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral no corresponde conocer a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contenciosa, siendo que el PCAP tiene su contenido limitado a la regulación de la relación jurídico-administrativa, y no la laboral de las relaciones existentes entre el adjudicatario y sus trabajadores.

Sin embargo, y por el contrario, en relación con la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo Mauri Majós (2017b), afirma que «la capacidad subrogatoria del pliego ha sido reconocida por la doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo que admite la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios cuando cambie la titularidad del contrato. Esta jurisprudencia advierte que las empresas que acudan a la licitación deben respetar la totalidad de las cláusulas con inclusión de aquellas que imponen la subrogación en los contratos de los trabajadores. Una obligación de subrogación que no nace de la ley o del convenio colectivo sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, a lo que libre y voluntariamente se ha presentado, sometiéndose a las prescripciones del mismo». Pueden verse al respecto las SSTS de 4 de junio de 2013 (ROJ: STS 3407/2013) y de 13 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5847/2013).

La conclusión que podemos sacar de todo este desconcierto motivado por la falta de regulación y la ambigüedad de la escasa regulación actual es que, a diferencia de la subrogación legal y convencional, **la contractual exige el consentimiento expreso de cada uno de los trabajadores afectados**. Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) señalan que la sucesión contractual no podrá ser efectiva si los empleados no aceptan esa subrogación. Recuerdan que lo establecido en el artículo 1205 del Código Civil respecto de que las obligaciones suscritas entre dos partes no vinculan a un tercero, entendiendo que una cláusula de este tipo es una novación contractual y cita como ejemplo un grupo de sentencias de la Sala de lo Social del TS que configuran la jurisprudencia sobre el *handling* —servicio de asistencia a aviones en tierra—, en particular las SSTS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2413) y de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1460).

En cualquier caso, la sucesión contractual **se producirá en los términos y condiciones concretas recogidos en los pliegos** y con los límites y el alcance que los mismos establezcan.

Finalmente, como una especialidad de esta modalidad de sucesión contractual podemos recoger la que se produce mediante acuerdo entre la empresa cedente y la cesionaria. Así lo recoge la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de julio de 2008 (ROJ: STSJ M 12648/2008). La Sentencia, muy didáctica, recoge las distintas clases de sucesión de empresa y entre ellas esta. Igualmente aquí el Tribunal entiende que es necesario el consentimiento de los trabajadores:

> D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET, supuesto

a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de *handling,* (por todas STS 29-2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil.

En cualquier caso, hay que tener siempre en cuenta que para determinar el tipo de sucesión **disfruta siempre de prioridad la sucesión legal, es decir, que los demás tipos de subrogación actuarían en defecto de ésta** una vez examinado el caso y comprobado que no se dan sus requisitos**.**

3.3. La integración de los trabajadores. El mérito y capacidad y los derechos de los trabajadores protegidos por la Directiva 2001/23. ¿Personal indefinido no fijo, a extinguir o subrogado?

A continuación vamos a examinar cuáles son, hoy por hoy, las soluciones que nuestras fuentes del derecho han ofrecido al problema de la contradicción que puede darse entre los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso al empleo público y la protección de los derechos de los trabajadores, en especial el de la estabilidad en el empleo, protegidos por la normativa europea, en especial la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Hay dos normativas de aplicación en este caso, la administrativa y la laboral, y se trata de ver en qué medida hay que aplicar una u otra, en qué términos y con qué alcance.

Hasta ahora, por una parte, la jurisprudencia ha optado por una figura, la del trabajador «indefinido no fijo», que plantea una serie de problemas jurídicos en la práctica. Por otra, doctrinalmente —y parece que la recientemente declarada inconstitucional D.A. 26 de la LPGE iba por ese camino, aunque de forma absolutamente oscura y ambigua— hay quien considera que una figura más adecuada sería la del denominado «personal subrogado».

Examinaremos ambos conceptos no sin antes referirnos al alcance y extensión de la subrogación y a otras cuestiones relacionadas con la misma, como la posible contradicción con las normas presupuestarias reguladoras de los límites al crecimiento del empleo público.

3.3.1. ¿Ha de subrogarse la entidad local en todo el personal o hay excepciones?

En principio, la jurisprudencia europea sienta el principio de la transmisión universal de derechos y obligaciones. Es decir que, salvo supuestos muy excepcionales que ahora se comentarán, en los procesos de remunicipalización en que se den los supuestos de sucesión de empresa en los casos previstos ya analizados —y así lo impone además el artículo 130.3 LCSP—, ha de procederse a la subrogación de todo el personal que preste sus servicios en el centro de trabajo objeto de la contrata y de los servicios a la Administración, de forma exclusiva.

Mauri Majós (2017b) advierte de una determinada doctrina judicial que rechaza la obligación de subrogación cuando los trabajadores que deben ser objeto de la misma no disponen de las titulaciones pertinentes para desarrollar el servicio en base a requisitos exigidos legalmente por desarrollo de una específica actividad, y cita la STSJ de Andalucía de 22 de septiembre de 2016 (ROJ: STSJ AND 7481/2016).

3.3.1.1. ¿Qué pasa con el personal que presta servicios para la empresa en otros centros de trabajo además de aquel que es objeto de la contrata?

Pues depende de si sus servicios son prestados con carácter preferencial en dicho centro de trabajo o no. La STS de 18 de septiembre de 2000 (Rec. 2281/1999) argumenta al respecto que:

> Si en dicho artículo se dice que la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, como razona la sentencia recurrida, **el hecho de que una parte mínima de la jornada laboral se desarrolle en un centro de trabajo no objeto de la nueva contrata no impide, con la limitación contenida en dicha sentencia, que se lleve a cabo la subrogación del contrato discutido;** no estamos ante una subrogación por cambio de objeto, que sigue siendo el mismo, sino por cambio del titular de la contrata.

En la misma línea, se puede ver la STS de 21 de septiembre de 2012 (Rec. 2247/2011). Es decir que, si el trabajador o trabajadora venía prestando sus servicios en el centro de trabajo y la actividad objeto de transmisión cubre sólo una parte de su tiempo, nada impide la subrogación a tiempo parcial en el mismo lapso temporal que se venían

prestando dichos servicios. Si lo que hace es prestar servicios de una manera mínima o muy circunstancial en el centro de trabajo o actividad objeto de la transmisión, entendemos que no cabe la subrogación[25].

Para evitar fraudes, **el análisis** de la situación de los trabajadores y trabajadoras **no puede ser meramente formal**. Es necesario analizar si hay personal que formalmente está adscrito a un determinado centro de trabajo o actividad, pero realmente presta sus servicios en otro centro o sector de actividad.

La STS de 27 de diciembre de 1989 (ROJ: STS 11335/1989), ante la demanda de algunos trabajadores que se sienten excluidos de la subrogación por tratarse de familiares del contratista, declara en esta línea lo siguiente:

> Lo cierto es que dichos recurrentes, según se declara probado, solo de un modo meramente formal y a efectos de su incorporación al Régimen de Seguridad Social, estaban adscritos a la plantilla de la estación de Chamartín en los centros o módulos afectados por la extinción de la concesión, dado que su actividad se desarrollaba en el área que comúnmente se denomina servicios generales extendidos a todos los centros de trabajo de una empresa que no ha cesado en su actividad continuada en los no afectados por la extinción de la concesión, con lo que la no absorción de los demandantes por los nuevos concesionarios encuentra su justificación, no en el mero hecho de llevar los apellidos que corresponden a la titularidad de la empresa, como los mismos sostienen, sino en no estar de hecho plenamente integrados a los centros concretos objeto de la concesión, por desempeñar su trabajo, reiterando lo dicho, en el área de los servicios generales de la demandada, pues **la subrogación que el art. 44, núm. 1, contempla se constriñe a los contratos de trabajo afectados a la unidad productiva autónoma que es objeto de cambio de titularidad.**

3.3.1.2. ¿Ha de procederse a la subrogación del personal directivo que preste servicios íntegramente en el centro de trabajo o actividad objeto de transmisión?

La Directiva no excepciona relación laboral alguna. Por lo que habrá que proceder a su subrogación, si bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.3.d) del RD 1382/85 de 1 agosto, por el que se regula la re-

[25] STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto Ayuntamiento Línea de la Concepción.

lación laboral de carácter especial del personal de alta dirección[26], podrá optar por la continuidad o exigir la indemnización pactada en su caso. Parece lógico dado que cambia la dirección de la actividad y se trata de una relación de confianza.

La STS de 27 septiembre 2011 (ROJ: STS 6326/2011) analiza este caso concreto y confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 8 de octubre de 2010 (recurso de Suplicación nº 2688/10), en el sentido indicado, invocando además jurisprudencia europea y del TS al respecto[27].

La sentencia de TSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2012 (Rec. 1479/2012) pone el acento en analizar si la relación es realmente especial de alta dirección o por el contrario se trata de una relación laboral ordinaria[28].

---

[26] Artículo 10.3.d) del Real Decreto 1382/1985:

> Tres. El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes:
> [...]
> d) La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

[27] FJ 7:

> Es más, **el mantenimiento de las mismas condiciones laborales por parte del personal de alta dirección en el caso de la sucesión de empresa**, es conclusión que también se ve reforzada por la previsión contenida en el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 /CE respecto de la continuidad automática e íntegra de las relaciones laborales en curso [«Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso»], cuyos inequívocos términos —que no excepcionan relación laboral alguna, ordinaria o especial— habrían de imponerse en caso de duda interpretativa [en el caso inexistente] de nuestra legislación, habida cuenta de que la primacía del Derecho comunitario llega a influir en la hermenéutica de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» —actual art. 249— [STJCE 13/11/90, Asunto Marleasing, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes, sentencias de 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer, y 25/07/08, Janecek] (así, STS 24/06/09 -rcud 1542/08-).

[28] La citada sentencia ha sido resumida por Castillo Blanco, F. (2017):

> […] la citada sentencia desestima el recurso interpuesto por el Consorcio de Gestión de Residuos Urbanos por entender, al igual que la sentencia de instancia, que la relación con el mismo de su gerente era laboral ordinaria, aunque en el contrato se hubiese calificado de especial. Tal decisión se funda en que las funciones realizadas por el trabajador, que no formaba parte de la Comisión de Gobierno del consorcio, no eran directivas, sino de mera propuesta, por estar siempre sometido al secretario y a la presidencia del consorcio,

En el mismo sentido, la sentencia del TSJ de Madrid de 6 de octubre de 2008 (Rec. 3405/2008) contempla el supuesto del caso de director del centro del Instituto Cervantes en Rabat que realizaba las labores propias de la dirección de un centro para el desarrollo y difusión del idioma con arreglo a las directrices fijadas en un «Manual de procedimiento de los centros», tanto en el desempeño de las labores culturales como en el de la dirección de personal y demás tareas administrativas y de régimen interno, y con sometimiento a las normas y al control de los órganos superiores del instituto. La sentencia del TSJ de Madrid estima que la relación laboral existente era común y no especial de alta dirección, dadas las limitaciones impuestas al trabajador en el desempeño de sus funciones con sometimiento a unos protocolos de actuación, a las instrucciones de mandos intermedios del instituto, que incluso debían aprobar ciertas actuaciones, sin olvidar que para disponer de fondos no bastaba con su firma, sino que era preciso que firmara mancomunadamente con otra persona autorizada (Castillo Blanco, F., 2017, p. 95).

En todo caso, lo habitual es que el personal con relación laboral de alta dirección preste servicios en diversas actividades y centros de trabajo y siga prestando servicios para la empresa cedente optando por ello, en lugar de ser subrogado.

3.3.1.3. Los contratos temporales y de obra o servicio

El objetivo de la Directiva es el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, que los mismos no se vean afectados por los procesos de transmisión de empresas, tan habituales en una economía capitalista de mercado como la europea.

En consecuencia, el cesionario o la Administración Local, en los casos de remunicipalización de servicios, habrá de subrogarse en los contratos temporales de duración determinada en la misma condición que el anterior empleador y por el tiempo que reste al contrato.

En cuanto a los contratos para obra o servicio, la cuestión es más complicada, pues habría que analizar si la naturaleza de la obra o servicio, dentro de la actividad de la empresa, tiene un carácter temporal claro, y, en ese caso, cuál es el horizonte temporal del mismo; o si, por el contrario, tiene realmente una vocación permanente.

---

así como al diputado provincial delegado, que eran quienes tomaban decisiones, sin que fuese de aplicar el artículo 13-4 del EBEP, norma publicada antes de la contratación del actor, porque no concurrían las características exigidas por el artículo 1-2 del RD 1382/1985 al efecto.

Si bien en un principio la tendencia era entender que, finalizada la concesión, había que considerar finalizados dichos contratos[29], esta doctrina ha sido superada.

La STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2016 (ROJ: STSJ AS 383/2016) recuerda lo que ya habían expresado varias Sentencias del Tribunal Supremo[30]: que no es posible extinguir el contrato por obra o servicio determinado cuando la concesión o el servicio que la motiva es nueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto siga siendo el mismo. Dice la citada Sentencia al respecto:

> Los datos sobre el contrato de trabajo de la demandante no permiten ir más allá de la calificación dada por las partes que lo concertaron y consiguientemente **ha de mantenerse su carácter temporal**. Pero, además, el recurso olvida en sus alegaciones el fenómeno sucesorio producido y las repercusiones que origina. La relación de trabajo nació ligada a una obra o servicio determinado y la sucesión empresarial no afectó a la pervivencia de ésta, sino que por el contrario es manifestación de su continuidad. En efecto, cuando **el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores** establece que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del **anterior no limita el efecto subrogatorio a los contratos de trabajo indefinidos,** sino que comprende a todos y, como se indicó al examinar el motivo anterior, esta obligación no desaparece por la circunstancia de haber procedido el anterior contratista a declarar finalizado el contrato de trabajo como consecuencia de la sucesión, pues tal iniciativa no quiebra el vínculo existente, por razón de la prestación de servicios, entre la demandante y la empresa sucesora.

Aunque más antigua, la STS de 5 de abril de 1993, RJ/1993/2906 optó por la siguiente solución:

> […] salvo supuestos de contratos temporales celebrados al amparo de la normativa legal, como serían los de fomento del empleo o los interinos, en los demás casos se estará ante **contratos indefinidos** por tratarse de una actividad no sujeta a tiempo cierto.

---

[29] STS DE 15 de enero de 1997 (ROJ STS 99/1997)

[30] Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006); 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007); 10 de mayo de 2013 (Rec. 683/2012), y 15 de julio de 2013 (Rec. 1377/2012). Citadas por Castillo Blanco, F. (2017, p. 95).

3.3.1.4. El personal incorporado a la contratista en los meses inmediatamente anteriores a la remunicipalización

Cuando la sucesión de empresa se produce *ex* art. 44 ET, ni el ET ni la Directiva establecen limitaciones temporales por razón de incorporación a la empresa cedente del personal. En todo caso, procede articular las medidas necesarias para evitar fraudes de ley en estos casos, en forma de incorporaciones de personal de última hora.

Por el contrario, la mayoría de los convenios colectivos sectoriales que prevén la subrogación del personal establecen en sus cláusulas **un período mínimo de antigüedad en la actividad objeto de transmisión, para poder proceder a la subrogación**, cláusulas que han sido validadas por una reiterada jurisprudencia[31].

El ejemplo más a propósito en este caso es el del V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. En el párrafo tercero de su artículo 53, relativo a la subrogación del personal, establece el requisito de que las personas trabajadoras del centro o centros de trabajo que se absorban lleven prestando sus servicios en el mismo, al menos, cuatro meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue[32].

Estas limitaciones convencionales tratan de evitar fraudes de ley en este sentido, impidiendo en gran parte que las plantillas crezcan por encima de lo racionalmente necesario cuando ya está prevista la remunicipalización del servicio.

Establecer mecanismos, como hemos dicho, para evitar estos fraudes, no está en absoluto de más y pueden estar justificados en la medida en que lo que pretenden es el adecuado cumplimiento de la ley y la normativa comunitaria.

---

[31] SSTS de 27 de abril de 2012, Rec. 3524/2011; de 16 de julio de 2014, Rec. 2440/2013, y de 7 de abril de 2016 (ROJ 1818/2016).

[32] Art. 53, párrafo tercero del V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales:

> Será requisito necesario para tal subrogación que las personas trabajadoras del centro o centros de trabajo que se absorban lleven prestando sus servicios en el mismo, al menos, cuatro meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue. El personal o trabajadores y trabajadoras que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados/as.
>
> *BOE* de 4 de noviembre de 2015.

3.3.1.5. ¿Puede negarse el personal afectado a ser transferido?

La STS de 20 de octubre de 2004 (RJ 7162) abordó este supuesto señalando que, lógicamente, el trabajador no puede ser obligado a incorporarse a la Administración en casos de remunicipalización de servicios, pero que, en ese caso «su contrato con el cedente se vería tal vez afectado por las consecuencias derivadas de esa transmisión».

En todo caso, hay que tener en cuenta que para que se dé la sucesión de empresa legal o convencional no es necesario el consentimiento de los trabajadores, dado el carácter tuitivo de protección de los derechos de los trabajadores por la Directiva, que la hace imperativa en estos casos[33].

La STJUE de 24 de enero de 2002 (Asunto Temco) remite al derecho interno de cada Estado en relación con las consecuencias de la negativa a ser subrogado:

> [35] El artículo 3, apartado 1, de la Directiva enuncia el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. La norma que resulta de estas disposiciones, según la cual la transmisión tiene lugar sin el consentimiento de las partes de que se trate, debe considerarse imperativa; en perjuicio de los trabajadores, no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella. Por consiguiente, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (sentencia de 25 julio 1991, D'Urso y otros, C-362/89).
>
> [36] Sin embargo, aunque la transmisión del contrato de trabajo se impone tanto al empresario como al trabajador, el Tribunal de Justicia ha

[33] STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. 138/2010):

> Es doctrina mantenida como unificada por esta Sala [...] la de distinguir entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (artículo 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas [...] para llegar a la conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes. Y si en el caso de autos ya hemos dicho que han quedado acreditados los requisitos que configuran la sucesión de empresas, no es preceptivo el consentimiento individualizado de los trabajadores para que opere con todos sus efectos la subrogación en sus contratos de trabajo, dejando a salvo la posibilidad de que puedan ejercitarse las oportunas acciones legales por quienes consideren a título personal que no debieren verse afectados por no estar adscritos a la unidad productiva objeto de la transmisión.

admitido la facultad de este último para negarse a que su contrato de trabajo sea transferido al cesionario (véase la sentencia 16 diciembre 1992, Katsikas y otros, asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91). En ese caso, la situación del trabajador depende de la legislación de cada Estado miembro: bien el contrato de trabajo que vincula al trabajador con la empresa cedente podrá ser resuelto a iniciativa del trabajador o del empresario, o bien, el contrato se mantendrá en vigor con esta empresa (véase, en particular, la sentencia Katsikas y otros).

3.3.2. ¿Son aplicables al personal subrogado las restricciones presupuestarias derivadas de los límites al incremento de la masa salarial global y de la tasa de reposición de efectivos?

Esta cuestión, como ha puesto de manifiesto Flores Domínguez, L. E. (2017), es clave a la hora de tomar la decisión de internalizar o no un servicio público.

Mauri Majós, J. (2017a), opinión que comparto plenamente, considera que **no son aplicables** por varias razones:

a) Por el carácter excepcional de la legislación presupuestaria, que contradice la regla general del artículo 70 EBEP, sobre la existencia de una oferta anual de empleo público comprensiva de las necesidades de recursos humanos con dotación presupuestaria que hayan de proveerse con personal de nuevo ingreso.
b) El personal a subrogar no es personal de nuevo ingreso, sino que esta es una forma extraordinaria de incorporación de personal distinta al personal de nuevo ingreso que ha de incluirse en la oferta de empleo público.
c) Porque su aplicación puede resultar restrictiva de los derechos reconocidos por la normativa laboral y en especial la Directiva 2001/23/CE43.
d) Y finalmente, porque una interpretación finalista de las normas nos lleva a la conclusión de que tanto la remunicipalización del servicio[34], con la consiguiente subrogación del personal, como la normativa presupuestaria persiguen la misma finalidad: la contención del gasto público para el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

[34] No hay que olvidar que el artículo 85.2 LRBRL exige imperativamente que la decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos es reglada y que ha de escogerse aquella que sea más eficiente y sostenible.

Martínez Fernández, J. M. (2017) es de la misma opinión. Entiende, lógicamente, que cuando procede la subrogación legal por concurrir los requisitos del artículo 44, impuesta por decisión judicial o acordada por la Administración sin esperar a la condena de los Tribunales, ha de asumirse al personal afecto al servicio de la empresa contratada que opte por ejercer su derecho de subrogación, aunque se supere el límite de la tasa de reposición de efectivos.

Pone de relieve que el límite del techo de gasto no será un problema insalvable, porque los recursos para financiar los nuevos gastos directos que supone la prestación directa del servicio se verán compensados en principio de manera excedentaria, al ahorrar los gastos del margen operacional del contratista, el IVA —si hay un pago al concesionario sujeto a este impuesto—, y/o la diferencia del régimen fiscal aplicable al sector público con respecto al concesionario privado, como el impuesto de sociedades.

Comparto todos estos motivos. Además, hay que añadir que la compensación provendrá más fundamentalmente de la disminución del gasto en el capítulo 2 del presupuesto, donde se cargan las facturas de los contratos de servicios o la disminución del canon del concesionario en su caso, y el aumento de los ingresos que percibía, en su caso, el concesionario.

En la consulta evacuada por la red de COSITAL, Cositalnetwork[35], ante una petición del Ayuntamiento de Ciempozuelos para la remunicipalización del servicio de mantenimiento de parques y jardines, en febrero de 2017, recogíamos estas motivaciones con un mayor detalle de análisis de la normativa presupuestaria y recogíamos varias Sentencias de los Tribunales en esta línea:

> Sin embargo, en el caso que nos ocupa entendemos que no es aplicable la tasa de reposición, pues no se trata de la cobertura de puestos vacantes, si bien en el fondo se trataba de puestos que estaban externalizados, por lo que de alguna manera existían, bien sea a cargo del sector privado mediante el oportuno contrato de servicios o de gestión de servicios públicos.
>
> Opinamos que la clave está en tener en cuenta que todas las limitaciones establecidas por la LPGE derivan de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera recogidos en la modificación del art. 135 CE y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y disposiciones de desarrollo. Efectivamente, la Exposición de Motivos de la LPGE es clara al respecto: «Como así ha sido

[35] https://www.cositalnetwork.es/

en anteriores ejercicios, la repercusión que el mandato constitucional de estabilidad presupuestaria y la actual situación de nuestra economía tienen sobre el personal al servicio del sector público se refleja en el Capítulo I, relativo a los "Gastos del personal al servicio del sector público", que tras definir lo que constituye "sector público" a estos efectos, establece como novedad y fruto de la situación de mejora económica actual que, con carácter general, en el año 2016, las retribuciones de este personal no podrán experimentar un incremento global superior al 1 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2015».

Este mismo principio es el que inspira la modificación, mediante la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, del artículo 85.2 LRBRL, al establecer que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente».

Conjugados todos los preceptos citados, entendemos que su correcta interpretación conjunta nos lleva a la conclusión de que es posible el aumento de la plantilla en los términos del borrador de acuerdo plenario que se adjunta y de lo acordado en la Mesa General de Negociación, pues otra interpretación más restrictiva conduciría al absurdo de dejar vacío de contenido el artículo 85.2 LBRL cuando se haya demostrado, como es el caso, previos los estudios e informes económicos y de costes correspondientes, que es más eficiente la gestión directa del servicio que la indirecta. Otra interpretación supondría la práctica imposibilidad de la denominada «remunicipalización» de servicios públicos, que consiste en la sustitución de la gestión indirecta por la gestión directa de los servicios públicos locales, actuación que se está produciendo en los últimos años con bastante fuerza en España y todo el entorno europeo, y que, con independencia de planteamientos ideológicos, en el caso que nos ocupa se ha acreditado que procede en cumplimiento de los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera consagrados en la CE y el resto del ordenamiento jurídico español y de la Unión Europea.

Por ello, aunque se incrementa la plantilla con nuevo personal al servicio de la Entidad Local, se trata en realidad de puestos y actuaciones que, si bien van a incrementar el capítulo 1 de gastos de personal, van a producir un decremento aún mayor en el capítulo 2 de gastos corrientes de la Entidad Local, lo que supondrá una mayor sostenibilidad de la Hacienda Local en su conjunto, que es el objetivo perseguido por la Ley y los principios generales del derecho que la inspiran.

Así lo ha considerado también la jurisprudencia en numerosas ocasiones. A título de ejemplo, el caso de la recuperación del servicio de guardería por parte de un Ayuntamiento (STSJ Galicia de 1 de septiembre 2005, Rec. 2382/2005) o el que se expone en la más reciente STSJ

> de País Vasco de 21 de julio 2015 (Rec. 1300/2015), en el que se abordaba la reversión en un Ayuntamiento del servicio de limpieza pública viaria de Pasaia. La entidad local incorporó a 12 de los peones adscritos a la contrata. Incluso en este caso no los contrató en régimen laboral, sino que les nombró funcionarios interinos, después de superar las pruebas selectivas convocadas al efecto.

Castillo Blanco, F. (2017, p. 41) menciona, entre otras, la STS de 3 de febrero de 2015 (ROJ: 979/2015), que hace una interpretación restrictiva en la aplicación de las tasas de reposición de efectivos por excepcionar lo dispuesto en el artículo 70 EBEP argumentando, además, que por esa razón, donde dice «contratación», «nuevo ingreso», «incorporación», no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente, aunque dicho cambio conlleve un cierto —pero muy limitado— aumento de costes; o, por último, la STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (ROJ: 11967/2015) que, asimismo, mantiene que han de interpretarse restrictivamente esas limitaciones por ser normas que limitan el ejercicio de derechos laborales reconocidos en el ET y en las directivas comunitarias.

Goerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E. (2018, pp. 102-114), tras un análisis de la D.A. 26ª LPGE 2017, más recientemente declarada inconstitucional, y de la que, como veremos más adelante, se desprendía la vinculación a la tasa de reposición de efectivos de las subrogaciones, manifiestan que:

> Sin embargo, esta conclusión casa mal con la finalidad que estos persiguen. A nuestro juicio, y en línea con otras aportaciones doctrinales[36] **no es nada claro que la tasa de reposición resulte de aplicación a los supuestos de reversión**, con independencia de la forma en que ésta se articule. Razonando en términos de finalidad, es obvio que las reglas presupuestarias que nos ocupan buscan no incrementar el gasto público que implica el aumento de las plantillas de personal o la propia reposición de efectivos. Desde este punto de vista, resulta cuando menos dudoso que sean aplicables al supuesto de reversión. Después de todo, **no estamos propiamente ante una reposición de plantilla que resulte onerosa para las arcas públicas puesto que estas se ahorran el pago del canon por la prestación o explotación del servicio**. Por otro lado, **el incremento de plantilla no es resultado de una decisión directa de la Administración,** que sí podría quedar condicionada por la normativa

[36] Alfonso (2016, p. 41); en sentido distinto, Castillo (2017, p. 112).

> presupuestaria, sino consecuencia indirecta de otra que no lo está: la opción por la reversión de la concesión del servicio público. Y esta tiene como efecto imposible de soslayar la aplicación de las reglas sobre transmisión de empresa, que tienen base en normas comunitarias que no resultan disponibles para el legislador interno.

En cuanto a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia al respecto de que no computan en la tasa de reposición de efectivos, cabe citar la STSJ de Andalucía (Granada), 1080/2015 de 7 mayo (Rec. 388/2015).

En todo caso, hay que poner de manifiesto que si se decide la remunicipalización es porque supone un ahorro y porque así se ha establecido legalmente ex artículo 85 LRBRL. Con independencia de ello, en la práctica son públicos y notorios los ahorros producidos en las remunicipalizaciones más importantes, la de los servicios del agua en París por ejemplo, donde en su primer año de funcionamiento, el nuevo operador municipal, Eau de Paris, realizó mejoras en la eficiencia que supusieron un ahorro de 35 millones de euros, lo que permitió una bajada en las tarifas del 8%[37].

3.3.3. Trabajador/a indefinido/a no fijo/a *versus* personal subrogado

Como hemos dicho anteriormente, cohonestar los derechos de los trabajadores que protege la Directiva 2001/23/CE con los principios de igualdad, mérito y capacidad sigue siendo una tarea que el legislador español no ha abordado hasta el momento por diversos motivos en los que no procede entrar, pero que seguramente nos llevarían a la conclusión de que, dados los enormes intereses económicos en juego, la defensa del interés público no es la que ha predominado precisamente hasta ahora en el ánimo de nuestro legislador.

Por un lado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad están consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 CE, e igualmente en el art. 55 EBEP. Por otro lado, el derecho al trabajo está reconocido en el artículo 35 CE, y el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios, en el artículo 37 CE. Aparte de ello, hay que tener en cuenta la protección de los derechos de los trabajadores por la normativa comunitaria, fundamentalmente la Carta Social Europea y en lo que aquí nos atañe, la Directiva 2001/23/CE del Con-

[37] Véase por ejemplo Lobina, Emanuele; Kishimoto, Satoko y Petitjean, Olivier (2015).

sejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

A falta de una legislación que aborde, de una vez por todas, esta cuestión, la jurisprudencia ha hecho notables esfuerzos por armonizar la normativa administrativa y la laboral en este sentido, y fruto de ello ha sido la **figura, de creación jurisprudencial, del trabajador indefinido no fijo de plantilla**[38]**.**

El origen de esta figura estuvo en el intento de los Tribunales de conciliar lo previsto en el art. 15 ET[39] sobre la adquisición de fijeza, ante los fraudes de la contratación temporal de trabajadores por las Administraciones Públicas, en especial las Entidades Locales, sin sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Esta figura, concebida originalmente para los casos enunciados anteriormente, se extendió por nuestros Tribunales a la del trabajador que, sin fraude de ley alguno, sino por estricto cumplimiento de la normativa comunitaria, es subrogado pasando a prestar servicio a la administración pública con motivo de los procesos de reinternalización de los servicios públicos.

Pero esta figura presenta algún inconveniente. Además de que es una figura de creación jurisprudencial, que no está regulada en ningún precepto normativo, el inconveniente mayor es la pérdida que supone de derechos por parte del personal subrogado. El personal, que tenía la consideración jurídica de personal fijo de la entidad privada cedente, pasa a la condición de indefinido no fijo en la Administración cesionaria, con el consiguiente perjuicio que se deriva del hecho de que la Administración, al tratarse de labores de carácter permanente y no temporales, está obligada, en la medida que lo establece la Ley[40], a incluir el

---

[38] Siguiendo a Castillo Blanco, F. (2017, p. 101) cabe citar la siguiente jurisprudencia sobre esta figura jurídica: SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013); STSJ de las Islas Baleares, de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 502/2014); STSJ de Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: 4136/2014); STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2016 (ROJ: 247/2016), y STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. 1693/2011).

[39] Art. 15.5 ET:

> […] los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

[40] Art. 70 EBEP:

puesto que ocupa el trabajador indefinido no fijo en la correspondiente oferta de empleo y a convocar los procesos selectivos pertinentes para su cobertura con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque dicha obligación solo aparece meridianamente clara una vez publicada la oferta de empleo o instrumento similar.

Mauri Majós, J. (2017b) critica esta figura del indefinido no fijo y considera que no parece existir una obligación legal que deba cumplirse en un plazo determinado para «normalizar» la situación de este personal a través de una oferta de empleo público y de un procedimiento regular de selección fundamentado en el principio de igualdad y mérito —recuerda que los procesos de reestructuración del sector público normalmente se han llevado a cabo integrando al personal con carácter fijo y en puestos declarados a extinguir—. Pone Mauri de manifiesto el hecho de que los sindicatos, partidarios de la gestión directa de los servicios, están posicionándose cada vez más en contra de los procesos de remunicipalización debido a la pérdida del carácter de fijos de los trabajadores, lo que empeora sensiblemente sus condiciones laborales.

Si bien, en muchos casos, esto ha supuesto la convocatoria de procesos selectivos en los cuales se ha primado la experiencia excesivamente, lo que también es un fraude de ley, en muchos otros lo que ha sucedido es que se ha materializado ese empeoramiento real de las condiciones de trabajo apartándose de lo dispuesto por la Directiva y el ET, con la pérdida del puesto de trabajo del trabajador subrogado por cobertura con carácter definitivo del mismo, tras un proceso selectivo en base a los principios de mérito y capacidad.

A pesar de que la jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de que la amortización del puesto de trabajo ya no es causa resolutoria del contrato del personal indefinido no fijo, y de que en caso de despido le corresponden las indemnizaciones y deben reunirse los requisitos previstos en los artículos 51 y 52 ET[41] —anteriormente no se

---

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

[41] Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) citan la STS de 28 de marzo de 2017 (Rec.1664/2015) que establece la indemnización de 20 días de salario por año trabajado para el personal indefinido no fijo en caso de extinción por cobertura de la plaza. Relatan la evolución jurisprudencial recogiendo las siguientes Sentencias:

les reconocía derecho a indemnización alguna—, la desventaja de la situación respecto de aquella que disfrutaban en la empresa cedente ha hecho que en muchas ocasiones los sindicatos y los trabajadores se hayan opuesto a los procesos de remunicipalización de servicios.

Estos inconvenientes han sido puestos de manifiesto por la doctrina. Mauri Majós, J. (2017b)[42] pone de manifiesto que la figura del trabajador indefinido no fijo se acaba utilizando como un verdadero cajón de sastre al que van a parar todos los supuestos en los que se produce un conflicto entre las normas laborales y los principios de acceso al empleo público.

Y continúa señalando las **diferencias entre las características del personal indefinido no fijo y el personal subrogado,** concepto, este último, que entiende más adecuado:

a) La figura del indefinido no fijo es una respuesta judicial a un comportamiento irregular de la Administración en la gestión de su contratación laboral por tiempo determinado, mientras que la subrogación de personal procedente de la recuperación de un servicio local no es otra cosa que simple cumplimiento de la legalidad vigente y de la Directiva comunitaria.
b) La sucesión empresarial es subrogación subjetiva pero no novación objetiva. La subrogación es una sustitución entre sujetos empresariales pero no admite la transformación de una relación laboral para convertirla en otra de naturaleza distinta y menos favorable para los trabajadores.
c) La subrogación no puede implicar que una relación laboral de naturaleza estable y permanente sea transformada en una relación laboral distinta del contrato.
d) [Añade, además, que como ha comentado algún sector de la doctrina] los principios de igualdad y mérito propios del acceso al empleo

– STS de 23 de julio de 2013 (Rec. 1380720129) que recogía como posible condición resolutoria del contrato la amortización del puesto —tuvo 5 votos particulares—.
– STS de 14 de octubre de 2013 (Rec. Ud. 68/2013), que mantenía también dicha causa de extinción pero ya reconocía el derecho a indemnización.
– STS de 24 de junio de 2014 (Rec.217/2013), que sienta la base de que, tras la entrada en vigor de la D.A. vigésima ET, hay que entender que la amortización de puestos en estos casos ha de sujetarse a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 ET (despido colectivo y por causas objetivas con derecho a indemnización), es decir, que la única causa válida de extinción del contrato del indefinido no fijo distinta a la del resto de los trabajadores es la de la cobertura del puesto mediante los procesos reglamentarios.

[42] En el mismo sentido Castillo Blanco, F. (2016, pp. 93-94).

público laboral que se prevén en el artículo 55 EBEP deben ceder ante una directiva comunitaria que no contempla excepciones a la conservación de las situaciones preexistentes fundamentadas en el particular sistema de selección del personal de los organismos públicos[43].

e) No existe un contrato laboral indefinido no fijo al que pueda recurrir la Administración para operar la correspondiente integración por subrogación. La figura es de estricta creación y aplicación judicial. De hecho, la doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo es tajante en una simple afirmación: las Administraciones no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos no fijos[44].

f) En el supuesto de que la recuperación del servicio se haga en favor de una sociedad mercantil del sector público local, en la actual doctrina judicial del orden social se considera difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como «indefinidos no fijos» dadas las particularísimas características de este vínculo contractual, que sólo se da en una atmósfera jurídica de derecho público y en base a la aplicación del principio de igualdad y mérito.

Por las razones anteriormente enumeradas, Mauri opta por la figura del trabajador subrogado. Esta denominación había sido ya utilizada por Soto Rioja, S. (2015, p. 619). El trabajador subrogado, que no tendría la condición de empleado público y no podría participar por tanto de los beneficios de esta condición —acceso a puestos mediante promoción interna u otros—, se integraría en la Administración con los mismos derechos que tenía en la empresa cedente y su puesto no tendría que ser objeto de «normalización» mediante convocatoria de provisión pública con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Y, en caso de nueva externalización del servicio público, la empresa adjudicataria tendría que subrogarse igualmente en los derechos y obligaciones de su contrato de trabajo, que seguiría siendo contrato fijo, y el trabajador mantendría la condición de fijo de plantilla, sin merma de sus derechos, como pretende la Directiva, que además entiende de aplicación preferente, por rango normativo, como pone de manifiesto la STJUE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77).

Entiendo que esta posición es más congruente, sin duda, con el derecho comunitario y con los derechos de los trabajadores e intuyo que por aquí irá la normativa en este sentido si el legislador se decide de una

[43] Remite para el argumento a Sala Franco, T. (2015, pp. 30-31).
[44] STS de 22 de julio de 2013, ROJ: STS 5057/2012.

vez a abordar estos temas con honradez y determinación y con el interés público como guía.

En esta dirección parecía que iba la D.A. vigésima sexta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017, recientemente declarada inconstitucional. Y podía haberlo hecho si su redacción no hubiera sido tan abstrusa y proclive a la confusión que realmente generó y que llevaba a la conclusión de imposibilidad en la práctica de los procesos de remunicipalización, salvo que se acudiera a interpretaciones forzadas y muy alejadas de su tenor literal. Esta Disposición ha sido, afortunadamente a nuestro juicio, declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre. Analizaremos a continuación brevemente tanto el precepto como la Sentencia.

3.3.4. La D.A. 26ª de la LPGE 2017 y la STC 122/2018, de 31 de octubre

La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, contenía la siguiente disposición, que finalmente ha sido declarada inconstitucional mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre:

> **Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.**
>
> **Uno.** Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:
>
> a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.
> b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

> Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.
>
> **Dos.** En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.
>
> **Tres.** Lo establecido en esta Disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución.

Esta Disposición fue modificada por la Disposición final cuadragésima segunda de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que suprimió el último párrafo del apartado Uno: «Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral».

La redacción inicial recogía en el apartado Dos que la incorporación del citado personal a las sociedades mercantiles, en esos casos, se contabilizaría como personal de nuevo ingreso en el cómputo de la tasa de reposición de efectivos. La aprobación de una enmienda del grupo socialista fue la que introdujo el adverbio «no» en este apartado. Si ya la disposición era de por sí oscura y parecía querer impedir cualquier proceso de reinternalización de servicios públicos, con la aprobación de esta enmienda, aún era más difícil abordar estos procesos, ya que si la incorporación del personal no computaba en la tasa de reposición de efectivos cuando se trataba de sociedades mercantiles públicas, cabía entender, *a sensu contrario*, y ante el silencio de la ley, que sí computaba cuando se trataba de Administraciones Públicas u otros órganos dependientes de las mismas.

La D.A. 26ª fue objeto de muchas críticas por la oscuridad de su redacción por parte de la doctrina e incluso tuvo su reflejo en los medios de comunicación, cuando se presentó el Proyecto de Ley (entre otros Ávila Cano, E., 2017). La afirmación de que «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» tanto al personal que prestaba servicios por cuenta de los

contratistas de servicios públicos que revirtieran a la Administración, como al personal procedente de procesos de reorganización de las entidades públicas, sin explicar al mismo tiempo qué nueva condición tendría este personal, era un despropósito legislativo, teniendo en cuenta que la figura del personal indefinido no fijo está contemplada en el artículo 8 EBEP, en su apartado c): «Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal».

El profesor Beltran de Heredia, en su conocido blog[45], hacía referencia a este problema:

> Si dichos trabajadores deben quedar imperativamente integrados en el seno de la cesionaria (por así establecerlo la Directiva 2001/23) y no podían ser calificados como «indefinidos no fijos», surgía la duda respecto de cuál sería la condición —y el régimen jurídico— de los mismos si se producía alguno de los procesos descritos en los citados apartados a) y b). Lo que, obviamente, describía un marco de una indefinición normativa —o «vacío jurídico»— difícilmente superable.

A ese despropósito se sumaba el ya expresado de que la posible subrogación solo cabía si la tasa de reposición de efectivos lo permitía, salvo en las sociedades mercantiles públicas en las cuales era necesaria la previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, salvo los casos de sentencia judicial.

Las críticas a esta Disposición adicional han sido prácticamente unánimes por parte de la doctrina[46]. Göerlich Peset, J. M. y Nores Torres, L. E. (2018), refiriéndose a la citada Disposición y a la publicación de la LCSP, se expresan en los siguientes términos:

> […] da la impresión de que las lógicas que inspiran ambas intervenciones se ubicarían en sentidos diametralmente opuestos. La LPGE-2017 podría moverse en la línea de obstaculizar los procesos de reversión mediante un tratamiento restrictivo de sus efectos laborales; por el contrario, la LCSP-2017 apuntaría, en una bien diferente, de normalización de las reversiones mediante la de aquellos.

---

[45] https://ignasibeltran.com/2018/11/09/el-tc-declara-inconstitucional-el-apartado-uno-de-la-da-26a-de-la-ley-de-presupuestos-de-2017-impacto-en-los-procesos-de-reversion-de-la-administracion-publica/

[46] Castillo Blanco, F. (2017, p. 113), por ejemplo: «Y es que la disposición, francamente mejorable, plantea ciertas dudas, y su objetivo merecería una redacción más inteligible». El profesor Rojo Torrecilla se pronunciaba así en su conocido blog; «la redacción del precepto no es un modelo, ni mucho menos, de seguridad jurídica» http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/sobre-la-subrogacion-de-personal-en.html

Igualmente, afirman, compartiendo también la opinión de Treviño que:

> […] su sentido primordial parece ser impedir o, cuando menos, dificultar la continuidad de los contratos laborales y, con ello, la de la reversión de contratas o concesiones […] al prever que las AA.PP. «no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición» al personal ocupado por los anteriores contratistas o concesionarios, no sólo cierra la puerta, razonablemente, a que el mismo pueda adquirir la condición de personal funcionario o laboral fijo, sino que además, y de un modo mucho más discutible, imposibilita la continuidad como laboral indefinido no fijo o temporal, puesto que también estos tipos de trabajadores están aludidos en el art. 8 EBEP.

Siguiendo esa línea argumental y ya de forma más rotunda y clara, expresan los autores mencionados la siguiente opinión, que comparto plenamente:

> A la pregunta de qué puede haber detrás de estos planteamientos, la respuesta es que, con toda probabilidad, **responde a un intento de prohibir de forma indirecta la reversión, a través de dificultar los efectos laborales normales en los casos de cambio de empresario**. Y ello probablemente como consecuencia de una labor de acción política de carácter difusa a través de *lobbies* de contratistas o concesionarios de las Administraciones Públicas. Un intento más directo de actuar sobre las posibilidades de las Administraciones públicas en el terreno de la reversión parece, en este sentido, condenado al fracaso. Su prohibición directa no resulta posible —como tampoco lo es la anterior privatización de estos servicios—. En efecto, las decisiones de reversión cuentan una doble legitimidad muy consistente, política y jurídica. En este último sentido, cabría preguntarse si una norma que los prohibiese frontalmente resultaría adecuada al principio de autonomía local o regional protegido por la propia Constitución. Y la respuesta ha de ser probablemente negativa.

A ello se sumaba además, que la Disposición adicional 34ª de la misma Ley, LPGE 2017, establecía que:

> Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión

> de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Se impedía la atribución de indefinido no fijo a los trabajadores que, según la Directiva, tendrían que ser subrogados, sin que, nuevamente, se dijera qué condición les correspondía.

Ante los problemas que estas disposiciones podían plantear a los procesos de remunicipalización, y habida cuenta de que no prosperaron las enmiendas presentadas a la Disposición adicional —salvo una del Grupo Socialista al apartado 2 ya mencionada—, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea se plantea la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición adicional vigésima sexta y el inciso anteriormente referido de la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017.

Además, la Disposición final cuadragésima segunda de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 modificó la citada D.A. 26ª LPGE 2017 suprimiendo el último párrafo del apartado Uno, que decía que: «Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral», con lo cual se incrementaba, en mi modesta opinión, aún más la inseguridad jurídica y la imposibilidad del mantenimiento de los derechos de los trabajadores reconocidos por la Directiva en los procedimientos de reinternalización de servicios públicos.

En cualquier caso, fruto de la impugnación por parte de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, ha sido la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre, que estima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad y declara la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones adicionales vigésima sexta, apartado primero a) y b); y trigésima cuarta, apartado segundo, en el inciso «ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva».

El TC considera que el hecho de la modificación mencionada anteriormente,

> […] no determina, sin embargo, la pérdida de objeto de este proceso de acuerdo con nuestra doctrina, pues precisamente lo que se controvierte es el hecho de que estas normas fueran incluidas en una ley de presu-

> puestos, no su contenido material, de forma que no hay ningún óbice para examinar el fondo de la impugnación
>
> (por todas, SSTC 9/2013, de 28 de enero, FJ 2, y 86/2013, de 11 de abril, FJ 2).

Por cierto, en este punto es de justicia reseñar el trabajo de la diputada del grupo parlamentario recurrente, Auxiliadora Honorato[47], que tras un riguroso análisis de las Disposiciones adicionales y ante las dudas más que razonables que podían, como ella misma declaró a los medios de comunicación[48] tras la Sentencia, hacer desistir a muchos ayuntamientos de tomar decisiones sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales, propuso a su grupo parlamentario la impugnación de estas Disposiciones. Esta Sentencia es la primera del Tribunal Constitucional que se falló a favor de este grupo parlamentario en la XII legislatura que finalizó en marzo de 2019.

Como dice Carrasco Durán[49], los motivos de la inconstitucionalidad se deben a una cuestión formal; el Gobierno cometió un exceso al regular a través de las cuentas públicas unas cuestiones que requieren de otra herramienta legal, no de la ley presupuestaria.

La Sentencia considera, respecto del apartado uno de la **D.A. 26ª LPGE 2017**, que si bien,

> El Abogado del Estado ha insistido en que su finalidad es la contención del gasto público, pues se trata de evitar la generación de un gasto de personal por «asunción» de dicho personal, al margen de las categorías

---

[47] Tanto en este caso, como en el de la tramitación parlamentaria de la LCSP.

[48] *El Diario.es,* Sección de Economía. Laura Olías / Sofía Pérez Mendoza 09/11/2018 — 18:29h. https://www.eldiario.es/economia/Constitucional-trabajadores-remunicipalizados-Presupuestos-Rajoy_0_833966745.html Declaraciones de Auxiliadora Honorato: «La única intención de esas disposiciones era asustar a los interventores y secretarios de ayuntamientos para que no acudieran a la remunicipalización de servicios». «Pensábamos que desde la Ley de presupuestos se estaba intentando asustar para no remunicipalizar», «robar la autonomía a los ayuntamientos», «la diputada celebra que el Constitucional haya reconocido que "se utiliza mal la Ley de Presupuestos"», «se usa como una herramienta política con mucha fuerza, para el derecho sustantivo cuando este tiene otra vía de tramitación». En el mismo artículo, el secretario de acción sindical de la Federación de Servicios de CCOO, Raúl Olmos, declara que «por seguridad jurídica, convendría que la norma de Función Pública regulara esta figura».

[49] *El Diario.es,* Sección de Economía, anteriormente citado. En el mismo artículo de prensa el profesor Ignasi Beltran destaca «el trasfondo político» que tuvieron las disposiciones anuladas: «Pretendían convertirse en un obstáculo o un factor disuasivo para que se llevaran a cabo procesos de reversión —especialmente en el ámbito local—, pues dejaba en el "limbo jurídico" a los trabajadores cedidos».

> del artículo 8 LEEP. Sin embargo, y como de hecho se desprende del escrito de alegaciones del Abogado del Estado, que expone el régimen jurídico de estas figuras, lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas). Por ello, lo que hace estrictamente la norma es incorporar una precisión de lo dispuesto en el artículo 8 LEEP, lo que conduce a la conclusión de que **se trata de una medida regulatoria, de carácter sustantivo, que de acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal no puede encontrar acomodo en una ley de presupuestos**[50]**.**

Igualmente concluye el TC (FJ 4) que **no tiene relación «inmediata y directa» (STC 152/2014) sobre el gasto público ni se trata de una medida directamente vinculada con la política económica,** «salvo que se adopte "un concepto desmesurado y por tanto inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del Gobierno" (STC 195/1994, de 23 de junio, FJ 3)». A la misma conclusión llega respecto de la Disposición adicional 34, que fue incluida de nuevo, con el mismo tenor literal, en la LPGE 2018.

En opinión de Carrasco Durán[51], que comparto plenamente, al igual que el contenido de la Sentencia, mientras que el punto anulado de la disposición 26 «deja de existir a partir del momento de la publicación en el BOE de la sentencia» del Constitucional, en el caso de la disposición 34 esta sigue vigente. No obstante, aunque «la Ley es válida formalmente y se debe aplicar mientras el TC no declare su inconstitucionalidad, al mismo tiempo es inconstitucional, y ya no hay duda de esto»; es decir, que si un trabajador de los afectados por la disposición acude a los tribunales para reclamar su derecho a ser considerado indefinido no fijo, «el órgano judicial estaría obligado a presentar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que terminaría con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley».

Coincido con Beltran de Heredia Ruiz[52] en considerar que es muy importante tener en cuenta que para el TC no existe duda respecto a la existencia de un fenómeno sucesorio en estos supuestos; y que, por tanto, con esta sentencia puede afirmarse que el escenario ha cambiado,

---

[50] FJ 4 STC 122/2018, de 31 de octubre (BOE n.º 294 de 6 de diciembre de 2018 Sec. TC. Pág. 120237)

[51] *El Diario.es,* Sección de Economía, ya citado.

[52] https://ignasibeltran.com/2018/11/09/el-tc-declara-inconstitucional-el-apartado-uno-de-la-da-26a-de-la-ley-de-presupuestos-de-2017-impacto-en-los-procesos-de-reversion-de-la-administracion-publica/

y que —ahora sí, claramente— podemos entender que, a la luz de la misma, **ya no hay ningún impedimento para que, en los procesos de remunicipalización** o reinternalización de servicios públicos de cualquier Administración Pública en los que sea aplicable el contenido del art. 44 ET, **los trabajadores sean calificados como «indefinidos no fijos» sin necesidad de que medie una resolución judicial.**

Nos recuerda el profesor BELTRAN, en su ya citado blog, las contradicciones de la jurisprudencia sobre este asunto tan polémico y al que, insisto, es urgente poner remedio con una normativa adecuada. Cita como ejemplos de pronunciamientos judiciales defendiendo que el reconocimiento de la condición de «indefinido no fijo» debe ser únicamente judicial *(obiter dicta)* la STSJ\C-A Cataluña 19 de febrero 2014 (Rec. 170/2013); y sosteniendo lo contrario, la SAN 10 de febrero 2016 (Rec. 335/2015). Además de insistir en que estas cuestiones son un buen ejemplo de intervención legislativa técnicamente deficiente, señala que con esta declaración de inconstitucionalidad desaparece la compleja controversia de la redacción dada a la D.A. 26ª LPGE'17 por la D.F. 42ª LPGE'18 al suprimirse el último párrafo[53] y la aparente contradicción entre la propia D.A. 26ª con el art. 130.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, que ya hemos comentado anteriormente.

¿Tras la STC 122/2018 cabe solamente calificar jurídicamente al personal procedente de la empresa contratista en procesos de remunicipalización como indefinido no fijo? O por el contrario, ¿se puede calificar de personal subrogado con plaza a «extinguir» manteniendo la situación, sea temporal o indefinida fija de la que gozaban en la empresa? En mi modesta opinión, esta cuestión no está definitivamente resuelta. Queda claro a mi juicio que ahora, como dice el profesor BELTRAN DE HEREDIA[54], no plantea problema legal alguno la calificación de «indefinidos no fijos», con las virtudes y defectos y la problemática que esta figura comporta, pero también pueden existir razones para calificar a este personal como personal subrogado en el sentido expresado anteriormente[55].

---

[53] «Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral».

[54] Blog citado: https://ignasibeltran.com/2018/11/09/el-tc-declara-inconstitucional-el-apartado-uno-de-la-da-26a-de-la-ley-de-presupuestos-de-2017-impacto-en-los-procesos-de-reversion-de-la-administracion-publica/

[55] Véase la reciente STSJ\C-A Aragón 19 de marzo 2018 (ROJ: **STSJ AR 411/2018** — ECLI: **ES:TSJAR:2018:411**) FJ 10:

> En los distintos apartados del art. 1 se indica que la incorporación se produce manteniendo el mismo régimen jurídico que dio origen a su contratación, y si se tiene en cuenta que lo que distingue cada una de los apartados es la clase de contrato laboral —de duración indefinida, fijo, o temporal—, y su procedencia —contratados por CASAR o por la extinta

Como ya hemos mencionado (epígrafe 3.3.3 de este libro), Mauri Majós, J. (2017b) planteó claramente los problemas de la figura del indefinido no fijo. Sobre todo, que no es jurídicamente correcto que por efecto de la subrogación se transforme la relación laboral en otra menos favorable para el trabajador[56] —téngase en cuenta que la Administración tendrá que convocar un proceso selectivo para cubrir definitivamente con carácter fijo el puesto ocupado, lo que puede suponer una cierta vulneración de la Directiva—; y por otra parte, el hecho de que realmente esta figura no existe como tal fuera de la jurisprudencia, es decir, que la Administración no puede contratar indefinidos no fijos[57].

No obstante, Beltran[58], vista la STC 122/2018, considera al indefinido no fijo, a pesar de estar plagada esta figura de lagunas y plantear numerosísimos conflictos jurídicos, como la «única» herramienta a nuestro alcance hasta la fecha para poder dar una mínima respuesta a la situación de estos trabajadores —y, por lo tanto, «la menos mala»—.

Fundación Pública del Hospital de Jaca—, lo que ha de concluirse es sencillamente que los contratos continuarán siendo laborales y de la misma clase, todos los cuales se corresponden con las modalidades de contratación previstas en el art. 8 L 7/2007, por lo que no se aprecia la vulneración que se sostiene.

Y en lo que toca a lo segundo, ni la alusión a la condición de a extinguir, ni la problemática que plantea singularidad de la categoría de trabajador indefinido de la administración en relación con la de derecho laboral supone tampoco la vulneración que se afirma.

La condición de a extinguir no es atribuida en la L 12/2014 al contrato de trabajo, ni, obviamente, al trabajador, sino a la plaza. No se crea por tanto una nueva figura de empleado público.

Finalmente tampoco es de apreciar vulneración alguna por razón de singularidad de la que goza la figura de contrato laboral indefinido en la función pública, y que se traduce en la diferente respuesta dada al abuso de la figura de la contratación temporal, como recuerda la STS 4ª nº 1664/2017. El trabajador que lo era con contrato indefinido en el CASAR, lo era ya de una administración pública, como hemos concluido, por lo que su contrato ya tenía las connotaciones propias del contrato indefinido de la función pública [DT 6ª L 27/2013, que exigía la adaptación de su personal], y, en cualquier caso, de ley no se deduce necesariamente que una vez se haya producido la integración de los trabajadores que CASAR contrató en su día como indefinidos obtengan la condición de laborales fijos prevista en el EBEP.

En consecuencia con todo lo anteriormente razonado, procede denegar la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la ley 12/2014, y desestimar su impugnación por razón de vulneración de las leyes básicas del Estado que se citan en la demanda.

[56] STS 25 septiembre 2012 (ROJ: STS 6665/2012).

[57] STS 22 de julio de 2013 (ROJ: STS 5057/2012).

[58] Blog citado.

3.3.5. El caso de la subrogación de los trabajadores por una sociedad mercantil pública local

La gestión directa del servicio público que se pretenda remunicipalizar puede llevarse a cabo de distintos modos. Uno de ellos, que suele ser muy habitual, especialmente en servicios como los relacionados con el ciclo integral del agua, es la gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público.

¿Operan la subrogación y las figuras estudiadas de personal subrogado y personal indefinido no fijo en la misma forma cuando la gestión del servicio a remunicipalizar se lleva a cabo por una sociedad mercantil local pública? **Un amplio sector de la doctrina**[59] **considera que la figura del trabajador indefinido no fijo tiene difícil encaje en las entidades del sector público sometidas en su actuación al derecho privado, y entiende que el trabajador que queda subrogado en una sociedad mercantil pública ha de ostentar la condición de trabajador fijo,** con independencia de las limitaciones que, en su caso, procedan respecto de su régimen jurídico.

Peña Molina, M. (2018, p. 90) señala que se ha admitido judicialmente que cuando la sucesión se produce entre empresa privada y empresa pública, el personal subrogado adquiere la condición de personal fijo de plantilla, ya que ésta no es Administración Pública, rigiéndose por el derecho privado y en estos supuestos se le aplica completamente el 44 del ET (cita al efecto la STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014).

Castillo Blanco, F. (2017, p. 109) considera que la contratación de las sociedades públicas asimiladas a empresas privadas se ajusta estrictamente al ordenamiento jurídico laboral sin que se vea limitada, con la intensidad que acontece en el empleo público, por los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Esta consideración deviene del debate sobre si los principios de igualdad, mérito y capacidad, que rigen en el acceso al empleo público, son aplicables a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones. El Tribunal Constitucional, mediante diversas Sentencias (como las SSTC 86/2004 de 10 mayo, 132/2005 de 25 de mayo y 30/2007 de 15 de febrero), considera que el artículo 23.2 CE —derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos— no es aplicable al personal laboral, solo al personal funcionario, y que por tanto es la Ley y no la Constitución la que puede determinar o no si los principios de igualdad, mérito y capacidad son aplicables al personal laboral en general. Habrá que estar, por tanto, a lo que establezca el EBEP.

---

[59] Véase por ejemplo Alfonso Mellado, C. L. (2016, p. 40) y Monereo Pérez, J. L. (2016, pp. 306-307).

El artículo 2 del EBEP no incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles. Su Disposición adicional primera, sin embargo, bajo la rúbrica «Ámbito específico de aplicación», establece que:

> Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.

El artículo 55 se enmarca dentro del capítulo I «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», y establece que:

> Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

Siguiendo a Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017), la doctrina ha entendido[60] que la Disposición adicional primera se refiere a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público y, por tanto, les serían aplicables dichos principios, tesis que comparto.

Por su parte la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), no termina de aclarar la cuestión; se limita a establecer en su artículo 117.4 que,

> El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Sin embargo, a pesar de esa D.A. 1ª EBEP, el Tribunal Supremo ha mantenido una jurisprudencia contradictoria, siendo la más reciente la contraria a entender que los principios de igualdad, mérito y publicidad son aplicables a las sociedades mercantiles públicas.

---

[60] Todolí y Martínez citan a Sánchez Morón, M. (2007). En la obra dirigida por este, en el capítulo «Objeto y ámbito de aplicación y leyes de desarrollo», opinan en el mismo sentido el mismo Sánchez Morón (p. 79), Sempere Navarro, V. y Luján Alcaraz, J. (p. 114), y Azemar y Mallard, I. (p. 143).

Entre otras, las SSTS de 28 de marzo de 2007 (ROJ: STS 2422/2007)[61], referente a la Sociedad Anónima Estatal Correos y Telégrafos, y de 19 de enero de 2009 (ROJ: STS 635/2009)[62], referida a Televisión Española, S.A., consideraron que los principios de igualdad, mérito y capacidad han de aplicarse a las sociedades mercantiles del sector público.

Por el contrario, la más reciente STS de 6 de julio de 2016 (ROJ: STS 3613/2016), que resuelve un recurso que plantea la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (CCOO) contra el VI Convenio Colectivo del Personal de la Empresa Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), considera lo contrario:

> La demanda [...] interesa que se declare la nulidad del artículo 26, concretamente cuando afronta la cobertura de vacantes en las Brigadas de Emergencia, como apartado B) de la fase 3. Considera que la restricción

---

[61] En dicha Sentencia, el TS explica que,

> [...] ha resuelto de forma reiterada que a pesar de su transformación en S.A. dichas normas referidas a entidades públicas le eran de aplicación también a Correos y Telégrafos S.A. sobre argumentos que, recogidos en su origen en varias sentencias de la Sala General de fecha 11-4-2006 (Rec. 1184/05, 2050/05 o 1394/05), reiteradas en muchas otras sentencias posteriores, puede resumirse diciendo que estas Sociedades, a pesar de regirse en términos generales por el derecho privado como específicamente recoge la Disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE— tienen la excepción que en dicha misma Disposición adicional se recoge cuando dice que les será de aplicación dicho régimen privado «salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, control financiero y contratación»; se trata, en definitiva, de entidades que, a pesar de su condición jurídica de S.A. pertenecen al sector público estatal como expresamente se reconoce tanto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria —art. 3.2— como en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas —art. 166.1 .c)— y por lo tanto, como se ha dicho, se rigen para la contratación, y por lo tanto también para la contratación de sus trabajadores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución y desarrollados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública —arts. 19 y sgs.—, o sea, por los criterios de «igualdad, mérito y capacidad» acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos.

[62] En dicha sentencia:

> Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el carácter de indefinida, aplicándosele la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/1998 y todas las que han seguido.

> del Listado de Personal al «personal con contrato fijo discontinuo y al personal que haya trabajado seis meses en el Servicio de Brigadas de Emergencia desde el 1 de octubre de 2010» choca con diversos preceptos y sentencias constitucionales, que menciona.
>
> Asimismo enumera diversas disposiciones de carácter legal referidas a la naturaleza jurídica de TRAGSA, a partir de las cuales expone la necesidad de que la contratación de personal para las Brigadas de Emergencia respete los principios de publicidad e igualdad.
>
> [...] por infracción de los arts. 14 , 23.2 y 103.3 de la CE [...] [y] del art. 17, apartados 2 y 4 del ET.
>
> [...] En realidad se trata de dos motivos innecesariamente diferenciados, puesto que en ambos se adopta el mismo enfoque: la limitación convencional a dos colectivos (fijos discontinuos y personas con previa prestación de servicios) en orden a participar en la Fase 3 de la confección del listado para la cobertura de vacantes [que la demanda de CCOO considera que] es contraria a Derecho, por desconocedora de los principios de publicidad e igualdad.

La sentencia hace un análisis de las distintas entidades que forman parte del sector público según la doctrina del Tribunal Constitucional:

> La STC 8/2015, de 22 enero ha venido a confirmar las consecuencias de la tipología de entidades públicas que nuestro ordenamiento recoge y que resulta relevante a la hora de encuadrar la naturaleza de TRAGSA.
>
> A) En el sector público ha de distinguirse entre el «sector público administrativo» al que se refiere el art. 3.1 LGP [AGE; Organismos autónomos dependientes y determinadas entidades públicas] y el «sector público empresarial».
>
> B) Dentro del sector público empresarial se encuentran las «entidades públicas empresariales», que «son entidades "dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella" [art. 2.1 c) LGP].
>
> Se trata de "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre]».
>
> C) También dentro del sector público empresarial están las «sociedades mercantiles estatales» a que se refiere el art. 2.1.e) LGP.
>
> Estas sociedades, «aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2 b) LGP], no son Administraciones públicas

> [art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación"» [D.A. 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3/ Noviembre].

Termina concluyendo que:

> La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de "Administración" a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos.
>
> TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal.
>
> La "contratación" que ha se sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios.
>
> Las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública.
>
> Salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra.
>
> Doctrina constitucional y de esta Sala conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleado público.

Lo raro de esta Sentencia es que, como señalan Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017), no se refiera ni cite siquiera la Disposición adicional primera del EBEP, ni, por tanto, entre a interpretar su contenido, pues hubiera sido, en mi modesta opinión, lo procedente.

3.3.6. La Relación de Puestos de Trabajo

Una cuestión a dilucidar es si es necesaria la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo de la respectiva Entidad Local o de los organismos dependientes en los que se dé la sucesión de empresa que el proceso de remunicipalización conlleva.

En el caso de que, como parece, se termine imponiendo, o se entienda que la condición del personal, una vez producida la sucesión, es la de personal subrogado y no la de indefinido no fijo —condición más acorde con el derecho europeo y que seguramente se impondrá a medio plazo—, se viene entendiendo que no es necesaria modificación alguna de la relación de puestos de trabajo o instrumento organizativo similar.

El personal subrogado no formaría parte de dicha RPT, pues no se trata de empleados públicos y, por lo tanto, no sería necesaria su modificación en absoluto. Cuestión distinta es que presupuestariamente este personal subrogado, con sus puestos y retribuciones, tuviera su reflejo junto a la plantilla. Mauri Majós, J. (2017b) critica las enmiendas que a este respecto se presentaron al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, como nuevas disposiciones adicionales que pretendían garantizar la calidad del empleo en estos casos, e insiste en su carácter claramente impeditivo para los procesos de internalización si se sigue considerando que los trabajadores subrogados han de tener la consideración de indefinidos no fijos. En concreto dichas enmiendas pretendían obligar a las entidades locales a prever, con una anterioridad de tres meses a la extinción del contrato que ha de ser objeto de sucesión, las pertinentes modificaciones en los instrumentos de gestión de personal. Añade que erróneamente se hablaba de relación de puestos de trabajo cuando la referencia debería haberse hecho a la plantilla de personal. Concluye que el mensaje que se transmite a la plantilla es el de la inestabilidad y el de la necesidad de someter a un incierto proceso de selección la conservación de su relación de trabajo. De ahí, dice, que se pueda entender las posiciones contrarias de los sindicatos a las remunicipalizaciones en muchos casos. En cualquier caso, y a pesar de estos inconvenientes, los sindicatos han defendido y siguen defendiendo la gestión directa de los servicios públicos y de los procesos de remunicipalización, como se puede comprobar, por ejemplo, en el documento titulado «La acción sindical de CCOO ante la reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas» que la Federación de Servicios Públicos de este sindicato tiene a disposición en su web[63].

Si, en tanto no se produzca el tan demandado desarrollo normativo al respecto consideramos, junto a otros autores ya mencionados anteriormente, como Beltran de Heredia, que ha de asignarse al personal que se subrogue la condición de trabajador indefinido no fijo, entendemos, aunque nos caben dudas, que es necesaria esta previsión de modificación de la relación de puestos de trabajo, con la antelación suficiente, en la medida que se van produciendo los pasos de la remunicipalización. La modificación de la correspondiente Relación de puestos de trabajo deberá tener en cuenta el respeto a los derechos de los trabajadores y, en cumplimiento de la Directiva, recoger las mismas tareas y retribuciones que vienen percibiendo, sin perjuicio de posibles pactos de mejora de las condiciones laborales, como señalaremos más adelante, y de las adecuacio-

[63] http://madrid.fsc.ccoo.es/5dd4d9861501cb716287339fd0f06c46000050.pdf

nes que razonablemente sean necesarias sin merma de los derechos en base al principio de autonomía y de autoorganización de que gozan las Entidades Locales[64].

Esta modificación de la RPT no está exenta de problemas. Se ha venido entendiendo que, según lo dispuesto en el artículo 70 EBEP, una vez modificada la RPT han de incluirse los nuevos puestos en la oferta de empleo público. El citado precepto dispone que «en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años». En una gran mayoría de casos se ha entendido que este era el plazo de que se disponía para «regularizar» la situación de este personal. De ahí, como decimos, la oposición de trabajadores y sindicatos a estos procesos. Pero si interpretamos, siguiendo a Mauri, que no se trata de puestos «que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso», como dice el artículo 70 EBEP, no está nada claro que deban incluirse en la oferta de empleo público correspondiente.

Mauri Majós, J. (2017b) aconseja que estos tipos de trabajador figuren en un anexo específico de la plantilla presupuestaria y la relación de puestos de trabajo, y para ello acude a la STSJ de Andalucía, Granada, de 15 de julio de 2013, (ROJ: STSJ AND 9136/2913), y la STSJ del mismo Tribunal de 14 de abril de 2014, (ROJ: STSJ AND 3931/2014).

3.4. Las relaciones laborales tras la subrogación de los trabajadores

La relación laboral no se extingue. La entidad cesionaria se subroga, por tanto, en los mismos derechos y obligaciones que la cedente, lo que quiere decir que, en principio, no ha de alterarse la situación jurídico-laboral en modo alguno.

El artículo 44.1 ET se expresa claramente en ese sentido:

> El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

[64] A este último efecto véase la STSJ de Galicia de 29 noviembre 2017.

3.4.1. Los derechos y obligaciones que se transmiten y el convenio aplicable al personal subrogado

El artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE está redactado en términos parecidos al artículo 44.1 ET que se acaba de mencionar:

> **Los derechos y obligaciones** que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, **serán transferidos al cesionario** como consecuencia de tal traspaso.

En todo caso, ha de tratarse de **derechos ya consolidados y adquiridos**, que el trabajador haya incorporado a su acervo patrimonial, no meras expectativas de derechos, estén o no en vías de consolidación[65]. Ahora bien, **no puede alcanzar a pactos** o acuerdos celebrados con la empresa cedente que se realicen fraudulentamente o excedan los límites razonables para causar efectos **abusivos**, lo que puede suceder en los últimos meses anteriores a la remunicipalización. Ello no quiere decir que no se tenga derecho a las condiciones más beneficiosas que se disfrutaban en la empresa cedente respecto de las que se disfrutan en la cesionaria en todos los aspectos. La STS de 3 de febrero de 2016 (ROJ: STS 907/2016) sienta la base de que la eventual colisión de remuneraciones superiores a las convencionales con normas dirigidas al empleo público no basta para eliminar por completo el juego de las instituciones laborales.

La STJUE de 24 de enero de 2002 (C-51/2000, Temco) es ilustrativa en el sentido que hemos indicado. Recoge sin ninguna sombra de duda que,

> […] el artículo 3.1 de la Directiva enuncia el principio de la transmisión automática **al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo** existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. La norma que resulta de estas disposiciones, según la cual la transmisión tiene lugar sin el consentimiento de las partes de que se trate, debe considerarse imperativa; en perjuicio de los trabajadores, no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella. Por consiguiente, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores.
>
> Sentencia de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89, Rec. p. I-4105, apartado 11.

[65] STS de 20 de enero de 1997 (ROJ: STS 237/1997).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que cuando la sucesión de empresa se ha producido **por la vía convencional**, la transmisión de los derechos y obligaciones se produce en la forma y **con los límites establecidos en el propio convenio colectivo.**

La STS de 7 de abril de 2016 (ROJ: STS 1818/2016), entre otras[66], sienta este criterio. Confirma que respecto de la sucesión de empresa, en el caso concreto enjuiciado, no se está ante una transmisión del artículo 44 ET, y que la asunción de los trabajadores por la contratista entrante no obedece a su decisión o conveniencia sino al mandato del propio convenio colectivo que regula la subrogación de manera específica. Considera aplicable el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad, que no impone la subrogación absoluta de todos los trabajadores que, adscritos a la contrata, prestaban servicios en la empresa saliente, sino que la limita a aquellos trabajadores con una antigüedad en la empresa de al menos siete meses[67]. Concluye la Sentencia que,

> […] por las mismas razones resulta evidente que la parte del artículo del convenio que la empresa cesante en el servicio deberá atender como único y exclusivo obligado los pagos y cuotas derivados de la prestación de trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, configura, al igual que la antigüedad en la prestación de los servicios, condición constitutiva de la subrogación convencional impuesta por el artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad; lo que determina que la empresa entrante en la contrata no responde de las deudas salariales contraídas por la saliente antes de la subrogación con los trabajadores subrogados.

El convenio colectivo aplicable al personal, una vez subrogado, es aquel por el que venía rigiéndose anteriormente en la empresa cedente. El párrafo primero del artículo 44, apartado 4 ET es claro al respecto:

> Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión **seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el**

[66] STS de 10 de diciembre de 2008, Rec. 3837/2007.

[67] La validez de la examinada exigencia convencional de una determinada antigüedad en el personal para que la empresa entrante tenga la obligación de subrogarse ha sido reiterada por las SSTS de 27 de abril de 2012, Rec. 3524/2011, y de 16 de julio de 2014, Rec. 2440/2013.

> **momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa**, centro de trabajo o unidad productiva autónoma **transferida.**

¿Cuánto tiempo ha de mantenerse el convenio colectivo? El párrafo segundo del apartado 4 del artículo 44 ET es también muy claro: «**hasta la fecha de expiración** del convenio colectivo de origen **o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida**».

El artículo 3.3 Directiva 2001/23/CE, en sentido similar, establece que:

> Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Y a renglón seguido establece que los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.

La STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STSJ CL 224/2014), acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sintetizado de manera muy didáctica e ilustrativa la cuestión:

> Respecto a los efectos de la sucesión empresarial en cuanto a los derechos previstos en convenio, la Sala IV del Tribunal Supremo ha sentado doctrina en sentencia de 15-12-1998 (R. 4424/97) y reiterada, entre otras, en la más reciente de 1-3-2002 (R. 694/01) y 12 de marzo de 2012 (R. 4/2011) se expresa en los siguientes términos:
>
> a) La subrogación empresarial solo abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras» (Sentencias 5 de diciembre de 1992; y 20 de enero de 1997).
> b) La obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad (Sentencia de 12 de noviembre de 1993).
> c) El principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que

condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores (Sentencia de 13 de febrero de 1997).

d) La subrogación «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador» (Sentencia de 20 de enero de 1997).

Como vemos, hay una cierta flexibilidad en nuestra jurisprudencia, como no podía ser de otra forma si tenemos en cuenta la necesidad de adaptación y el principio de autoorganización.

En todo caso, **la retribución y los complementos salariales**[68]**, la antigüedad**[69] —esta se entenderá siempre desde la entrada y continuidad del trabajador en la empresa cedente y en las anteriores cedentes si se ha transmitido la actividad—**, el horario** —con las adaptaciones que resulten razonables y necesarias—, **y el resto de acuerdos válidamente adoptados y consolidados, como dietas, permisos, etc., se conservan.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los **compromisos por pensiones** de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, la entidad cesionaria de los trabajadores se subrogará en el pago de los compromisos por pensiones, entendiéndose por tales, según dicho precepto, los

> […] derivados de obligaciones legales o contractuales de la empresa con el personal de la misma, recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente, que tengan por objeto realizar aportaciones u otorgar prestaciones vinculadas a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los planes y fondos de pensiones. Tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el artículo

[68] La STS de 28 de junio de 2014 (ROJ: STS 3686/2014) reconoce el derecho que habían adquirido los trabajadores, consistente en una comida gratuita diaria en la Residencia de Ancianos donde prestan servicio. Esta condición más beneficiosa no puede ser eliminada unilateralmente por la entidad empleadora, que es una administración pública: el Cabildo Insular de la Isla de La Palma. Los trabajadores disfrutaban de esa condición porque originariamente la tenían reconocida en el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

[69] SSTJUE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/1998, y de 6 de abril de 2017, Asunto C-336/15.

> 8.5 de la citada Ley, y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos cualquiera que sea su denominación.

En cuanto a qué se entiende por disposición equivalente a convenio colectivo a estos efectos, lo aclara el propio artículo 7 en su párrafo tercero:

> Se considerarán disposiciones equivalentes al convenio colectivo los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones. Asimismo, tendrán tal consideración las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones.

La información sobre la existencia, características, importes, condiciones y beneficiarios de estos compromisos de pensiones tiene que ser también, lógicamente, suministrada a la Administración remunicipalizadora por la contratista cedente.

Igualmente sucederá con las aportaciones económicas a realizar al Estado, por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, en el caso de que se estén produciendo, tal como expresamente previene el artículo 9 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre.

3.4.2. Otras responsabilidades procedentes de la contratista que pueden afectar a la Administración una vez remunicipalizado el servicio

El apartado 3 del artículo 44 establece que,

> […] sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, **el cedente y el cesionario**, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos,* **responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.**

La Administración cesionaria, por tanto, responderá **solidariamente con la cedente, de las cantidades pendientes de abonar a los trabajadores** por razón de salarios y otras como la indemnización por un des-

pido anterior. Por lo que será necesario solicitar declaración responsable de la cedente sobre las deudas pendientes o en litigio[70].

La STS de 4 de octubre de 2003, Rec. 585/2003, considera que la responsabilidad solidaria sobre salarios e indemnizaciones se extiende no solo a los trabajadores subrogados, sino a las existentes con trabajadores que han sido despedidos o no se han incorporado a la Administración ni continúan en la empresa cedente. En sentido parecido puede verse la STS de 15 de julio de 2003 (Recursos 3442/2001, 1878/2002 y 1973/2002). El Tribunal entiende que para evitar fraudes a los derechos de los trabajadores, hay que adoptar este criterio, al igual que la doctrina mercantilista; pues no cabe olvidar, dice el Tribunal, que una empresa tiene el precio que resulta de restar a los activos las deudas que pudiera tener, por lo que no es congruente con la lógica del mercado aceptar la compraventa de empresas sin el cómputo de las deudas preexistentes, en este caso las deudas laborales. No parece justa para la Administración o para el contratista cesionario esta solución, que sí parece más apta en los casos de compraventa de empresas, pero desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores, es mucho más garantista. Esta tesis, con todos los argumentos antedichos ha sido confirmada mediante STS de 30 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5601/2016).

La STS de 8 de junio de 2016 (ROJ: STS 3229/2016), por otra parte, ha declarado que existe sucesión en la responsabilidad en el pago de indemnización de daños y perjuicios, derivada de enfermedad profesional de la empresa que sucedió a otra en la que prestó sus servicios el trabajador, incluso sin haber llegado a prestar sus servicios a la empresa sucesora. Dicha Sentencia hace referencia a la jurisprudencia mantenida al respecto y recoge el cambio de tendencia de la misma. Declara igualmente la transmisión de la responsabilidad respecto de los recargos que se generen:

> […] en STS de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014 dictada por el Pleno de la Sala), con doctrina seguida, entre otras, por las SSTS/IV 14-abril-2015 (Rec. 962/2014), 5-mayo-2015 (Rec. 1075/2014) y 2-noviembre-2015 (3426/2014), en las que se ha cambiado la anterior doctrina de la Sala, y en las que se ha fundado suficientemente la procedencia de la transmisión de la responsabilidad que se controvierte y la sucesión en la obligación de pagar el recargo.

[70] «Entre tales obligaciones laborales están incluidas todas las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido anterior a la sucesión y que no hubieren sido satisfechas» (STS 30 de noviembre de 2016, ROJ: 5601/2016).

Respecto de los salarios de tramitación, Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) citan la STSJ de Madrid 1 de septiembre de 2005 (ROJ: STSJ M 8967/2005), que considera que corresponden también a la cesionaria el pago de las deudas por indemnización y salarios de tramitación pese a ser sucesora en la actividad empresarial, por el hecho de ser el despido inmediatamente anterior a la subrogación.

Recordamos aquí, de todos modos, que si la subrogación lo ha sido por vía convencional, la transmisión que se produce lo es con los límites establecidos en el convenio colectivo.

Si como consecuencia de la subrogación se produce un dimensionamiento de la plantilla, la Administración puede acudir al despido por causas objetivas, circunstancia que había sido objeto de discusión por parte de la doctrina y de contradicciones en la jurisprudencia. Actualmente se regulan en la Disposición adicional 16ª ET para las entidades de derecho público, mientras que a las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas sometidas al derecho privado les son aplicables las causas objetivas recogidas en el artículo 51 ET.[71]

3.4.3. La responsabilidad solidaria del abono de cuotas a la Seguridad Social

La primera cuestión que hay que poner de relieve, para evitar infracciones, es que, con motivo de la subrogación, hay que comunicar a la Seguridad Social, lógicamente, las variaciones respecto del personal subrogado, y en su caso, las relativas a centros de trabajo e inscripción de empresas, incluida la sucesión en la titularidad de la misma. La falta de comunicación se considera infracción grave recogida en el artículo 22.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

La segunda cuestión es que el artículo 168.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece la responsabilidad solidaria en el pago de las prestaciones causadas con anterioridad en los siguientes términos:

[71] Sobre la posibilidad, forma, requisitos y alcance de despidos colectivos en el sector público tras una remunicipalización de servicios o reinternalización de servicios públicos, puede verse la obra de Palomar Olmeda, A. (2013); o más resumidamente en Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017, pp. 247-252).

> En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente **responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.**

Hay que tener muy en cuenta que aunque el párrafo segundo del artículo 168.2 LGSS citado establece que «reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes», esta previsión no se ha llevado a cabo, se encuentra sin desarrollar y ni siquiera está previsto su desarrollo, que se sepa, en un futuro próximo, lo cual no deja de ser un poco frustrante.

El párrafo tercero del artículo 142.1 LGSS, por su parte, dispone que:

> La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 **se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión.**

Hay que señalar que, visto lo dispuesto en el artículo 154 LGSS, la responsabilidad **se extiende a los recargos e intereses**, tal como reconoce la STS de 25 de enero de 2007 (ROJ: STS 886/2007). El citado artículo dispone que los empresarios y, en su caso, las personas señaladas en los artículos 18 y 168.1 y 2 —como hemos visto anteriormente, en este último precepto se trata de la empresa cesionaria—, serán los obligados a ingresar la totalidad de las cuotas de este Régimen General en el plazo, lugar y forma establecidos en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo, señalando en su apartado segundo que serán imputables a los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar los recargos y el interés de demora establecidos en los artículos 30 y 31. Y no solo respecto de las cuotas de los trabajadores subrogados, sino **también respecto de aquellos que no han sido subrogados,** tal como declara la STS de 15 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5721/2015).

Respecto de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, el cedente y el cesionario solo responderán solidariamente de las mismas cuando la cesión fuese declarada delito, según lo dispuesto en el artículo 44.3 ET.

3.4.4. Plazo de prescripción de las obligaciones laborales y de Seguridad Social

En cuanto al plazo de prescripción, cabe la duda de si se ha de aplicar el de tres años previsto en el artículo 44.3 ET, cuando dice que la responsabilidad solidaria se extenderá a la cesionaria por un plazo de tres

años, o el plazo general de cuatro años previsto en el artículo 24 LGSS. Lo mismo sucede con las obligaciones laborales: se duda entre aplicar el plazo de prescripción general de un año previsto en el artículo 59.1 ET o el de tres años citado.

Sempere Navarro, A. V. (2014) ha defendido que son aplicables los plazos de prescripción generales, y que el plazo de tres años del artículo 44.3 ET, lo que establece es el período máximo para hacer valer la responsabilidad solidaria, pero siempre que la obligación que se pretende hacer valer no estuviera ya prescrita.

En cuanto a la jurisprudencia, hay sentencias contradictorias. La STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ: STS 8433/1992) considera el plazo de tres años del artículo 44.3 ET como plazo de prescripción especial para estos casos, sin que opere el plazo general[72].

Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017) comentan que la STS de 30 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5601/2016), más reciente, parece decantarse por la tesis contraria. Esta es la redacción de la Sentencia, que parece insinuar esa posibilidad:

> Bien es verdad, que al ser tan dilatado el periodo legal de tres años al que se extiende esa responsabilidad solidaria, tales obligaciones laborales dimanantes del despido van a quedar de ordinario circunscritas exclusivamente a las deudas por salario o indemnizaciones, cuando ya se hubieren agotado las posibilidades de rehabilitar la relación laboral en un despido declarado improcedente o nulo, por haber precluido los plazos hábiles para instar u optar por una eventual readmisión que pudiere mantener en vigor el contrato de trabajo.

Por último, conviene señalar que el art. 23.1.b) LISOS considera falta muy grave actuar fraudulentamente para eludir la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de la obligación de cotizar o en el pago de los demás recursos a la Seguridad Social.

---

[72] La Sentencia señala que el demandante,

> [...] denuncia inaplicación del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, pues entiende que por transcurrir el año que dicho precepto fija para el ejercicio de la acción para reclamar la deuda salarial esta está prescrita. Ahora bien, como razona la sentencia impugnada y ratifica el informe del Ministerio Público, este precepto sólo es aplicable para aquellos supuestos en que no se establezca un plazo especial como prevé el propio apartado primero del artículo invocado, y así fijado en el artículo 44 aplicable, un plazo propio de tres años para la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de la titularidad de la empresa en las obligaciones laborales a contar a partir de la cesión y pudiéndose reclamar de los responsables de modo sucesivo como declara la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 1986, es claro que la denuncia legal carece de viabilidad y que sin más debe ser rechazada.

3.4.5. Los representantes de los trabajadores tras la subrogación

El artículo 44.5 ET establece que:

> **Cuando** la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión **conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores**, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

Hay que determinar por tanto en qué casos el centro de trabajo o unidad productiva concreta conserva su autonomía y en cuáles no. En caso de subsistencia del centro de trabajo concreto, que no desaparece, se da esta circunstancia.

A este respecto la STS de 23 de julio de 1990 (ROJ: STS 5970/1990) considera que:

> […] para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo, para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario, por persistir aquel órgano de representación institucional, mientras que la actividad laboral se mantenga.
>
> […] no estamos ante un caso de desaparición del Banco cedente con integración en el cesionario, pues de haberlo habido, obviamente, también dejarían de existir los Comités de Empresa de aquella, solo hubo un cambio formal de titularidad en determinadas sucursales, continuándose la misma actividad con idénticas funciones y número de trabajadores, subsistiendo los mismos centros de trabajo, si esto es así, la representatividad del actor, que tenía un ámbito provincial, de naturaleza institucional, atribuido por el art. 37 de la Constitución Española, como razona la Sentencia recurrida, no puede estar afectada por un acto discrecional del empresario como sería el examinado.

Es decir, que si tras la transmisión no subsiste el centro de trabajo en su totalidad, transmitiendo solo una parte, no se conserva el mandato. Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de marzo de 2012 (ROJ: STSJ CL 1156/2012) considera que no se mantiene la autonomía, pues de 565 trabajadores que prestaban servicio en el centro de trabajo, el representante legal junto a otros 34 trabajadores que prestaban servicio en el departamento de logística, son los que han sido transferidos.

Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D. (2017, pp. 206-207) señalan que si se transmite la unidad electoral donde el representante fue elegido en su totalidad mantiene la representación, pero no en el caso de que se transmita solo una parte. Y para ello cita la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008 (ROJ: STSJ M 2682/2008) que claramente defiende esta opción:

> La norma establece con toda claridad que el mantenimiento del mandato representativo que pretenden conservar los representantes de los trabajadores de un determinado centro requiere como presupuesto inexcusable que ese centro conserve su autonomía, expresión ésta cuyo recto entendimiento creemos sólo es posible en el sentido de que la conservación del mandato representativo **requiere que el centro transmitido mantenga su identidad desde el punto de vista de la unidad electoral** que dio vida a ese mandato. Ciertamente, una de cuyas reglas básicas de todo proceso democrático de representación es la correspondencia entre las atribuciones cedidas por los representados y las ostentadas por sus representantes, lo que lleva implícito que el representante laboral elegido por una determinada unidad electoral sólo puede hacer valer tal condición, caso de sucesión empresarial, cuando el cuerpo electoral de la unidad transmitente se corresponda con el de la unidad transmitida. De no ser así, habrá que estudiar caso por caso la problemática que supone tal sucesión desde la perspectiva de la representación unitaria de los trabajadores, pues cabe desde que el centro al que se integra el representante de la empresa sucesora ya cuente con un previo representante propio (que no tiene por qué cesar, porque su mandato sigue siendo válido) como que el nuevo centro, tras la integración de parte del nuevo personal, cambie de modalidad de órgano de representación (cambio de delegado de personal a comité de empresa), además de otras posibilidades. Por eso precisamente habla la ley de que el centro en el que se subroga la empresa a la que pertenece el representante de los trabajadores **debe conservar su autonomía, lo que, en el contexto de una norma dedicada a regular materia de representación laboral, debe entenderse en el sentido de que la unidad o centro transmitido debe conservar su identidad como unidad electoral**.

La propia Sentencia manifiesta a renglón seguido que:

> En apoyo de tal línea de interpretación encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 23 julio 1990 (recurso de casación por infracción de ley 207/90), en la que se dice «que lo determinante, para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo, para el que el trabajador fue elegido».

Mauri Majós, J. (2017b) señala que la entidad mantiene su autonomía cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los antiguos responsables de la unidad transmitida permanecen en esencia inalterables, dentro de las estructuras organizativas del cesionario, en comparación con la situación existente con anterioridad a la transmisión, apoyándose en la STJUE de 29 de julio de 2010 (C-151/2009). Pone el acento en que el principal problema que se trata de evitar es el de una posible «doble representación», por lo que, cuando la unidad transmitida tiende a desaparecer o bien a diluirse dentro de la estructura orgánica de la entidad pública cesionaria, lo más sensato es considerar extinguido el mandato de los representantes de los trabajadores subrogados. Con independencia de ello añade que esto puede hacerse sin perjuicio de la corrección del correspondiente censo electoral y, en su caso, de la oportuna promoción de elecciones parciales. En su opinión, la Directiva pretende asegurar la efectiva representación de los trabajadores durante la transmisión y con posterioridad a la misma, por lo que considera que cuando en la Administración en que se subroguen no exista una representación de los trabajadores, lo más adecuado es considerar que transitoriamente se mantiene el mandato representativo de los trabajadores, en tanto no se produzca un nuevo proceso electoral.

3.5. La remunicipalización de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales en España

3.5.1. La jurisprudencia sobre la subrogación de trabajadores

Trataremos fundamentalmente dos líneas jurisprudenciales. Por un lado la que ha sentado la base de que la reversión de los servicios municipales relacionados con el ciclo integral del agua constituye una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET; y por otro, el tratamiento que ha recibido la subrogación del personal cuando la sucesión de empresa ha obrado por vía convencional, en base a lo previsto en el Convenio Colectivo de ámbito estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (Convenio de aguas).

Aunque, como ha puesto de relieve Domínguez Royo[73], los precedentes jurisprudenciales al respecto son escasos, hay que señalar que cuando

[73] Domínguez Royo, M. en la obra colectiva de Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, (2017, pp. 274 y ss.)

los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, se han decantado claramente por considerar que, cuando se trata de la remunicipalización de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua, nos hallamos ante un supuesto de sucesión de empresa que opera *ope legis* en ejecución de lo dispuesto en el artículo 44 ET, pues en estos supuestos se dan los requisitos exigidos por el TJUE para el supuesto de sucesión legal que ya hemos mencionado en el apartado 3.2.1 de esta obra, y que se recogen en la STS de 5 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1804/2013), y también en la STJUE de 26 de noviembre 2015 (C-509/14, caso Adif). En síntesis:

- Se trata de un conjunto organizado con una autonomía.
- Se transmiten normalmente activos materiales e inmateriales.
- Se da el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores.
- Se transmite la «clientela».
- Se produce una clara analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión.
- La sucesión se da igualmente cuando se trata de un ente público y la actividad no tenga ánimo de lucro.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de noviembre de 2017, (Rec. 360/2017) —que confirma la desestimación por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de las medidas cautelares de suspensión del procedimiento de remunicipalización de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua por el Ayuntamiento de Valladolid, solicitada por Aguas de Valladolid, , S.A.—, así lo expresa:

> Los efectos de la ejecución de los acuerdos impugnados sobre los trabajadores han sido correctamente valorados por el juzgador de instancia porque aquellos no contienen ningún pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la subrogación de los trabajadores ni tampoco sobre su alcance, *siendo la subrogación un efecto de la extinción de los contratos concesionales que determinan la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores*.

Sienta la Sentencia la base de que los acuerdos de remunicipalización, en el caso de que causen **perjuicios**, estos **no ostentan el carácter de irreversibles** a los efectos de aplicar la medida cautelar de suspensión de los acuerdos[74].

[74] STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3-11-2017:

> «[...] tampoco le crea una situación irreversible como empresa dedicada a la gestión indirecta de los servicios municipales relacionados con el abastecimiento del agua a domicilio, saneamiento y depuración de aguas residuales, pues, como también se indica en el auto

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Valladolid 60/2018 de 9 de abril (Proc. Ordinario 11/2018), referente al mismo proceso de remunicipalización de los servicios de aguas, desestima el recurso interpuesto por Aguas de Valladolid, S.A. y resuelve sobre el fondo del mismo dejando clara la cuestión:

> 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.

Igualmente se pronuncia en el sentido de que **las limitaciones presupuestarias no son impedimento para la subrogación del personal** en los procesos de remunicipalización:

> 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.

---

apelado, de la normativa que resulta aplicable no cabe concluir en este momento —en el trámite de resolver una medida cautelar— que necesariamente el servicio público relacionado con la gestión integral del agua del municipio de Valladolid no pueda ser gestionado de forma directa; en otras palabras, tal y como señala el juzgador de instancia, no se aprecia que tenga la recurrente derecho a exigir que el servicio mencionado se gestione de forma indirecta ni derecho a ser la adjudicataria correspondiente del mismo».

Señala la Sentencia que, en cualquier caso, en el momento de producirse los actos administrativos correspondientes, no estaban en vigor las limitaciones impuestas al respecto por la LPGE-2016 ni tampoco las derivadas de la LPGE-2017 puesto que los acuerdos se adoptan y se publican antes de publicarse en el BOE esta última Ley, y vuelve a insistir en la inaplicación de los límites derivados de las Leyes de Presupuestos por ser de superior jerarquía la normativa comunitaria:

> 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* [...]
>
> […] *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.

La Sentencia entra a analizar la famosa, y ya inconstitucional, Disposición adicional vigésima sexta LPGE-2017 y hace una interpretación en positivo de la misma, mencionando la inaplicación del apartado primero a las entidades públicas empresariales, e interpretando la consideración en que habría de integrarse el personal subrogado, que resulta interesante:

> 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[75]. 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

[75] Aunque realmente este inciso fue suprimido por la LPGE-2018.

> 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.

Domínguez Royo (en Todolí Signes y Martínez Saldaña, 2017) cita la STSJ de Cantabria de 2 de mayo de 2014 (ROJ: 1243/2014), que es clarísima en otorgar la calificación de **sucesión legal** a la producida con motivo de que el Ayuntamiento de Meruelo asumiera **la gestión de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento** tras rescindir el contrato con la empresa concesionaria (Acciona Agua S.A.U.) en agosto de 2013. Esta Sentencia señala que:

> […] es innecesario analizar la aplicación a la entidad pública demandada lo establecido en el Convenio estatal que aplica la recurrida (el III) y sus requisitos (interpretados reiteradamente por la doctrina jurisprudencial), o el siguiente (IV), dado que la previa estimación por la sala de la sucesión legal el art. 44 del ET, en atención al propio relato de la recurrida que la parte recurrente no ataca en forma, hace innecesaria dicha ponderación. Por cuanto este mecanismo subrogatorio no se hace depender de comunicaciones entre empresas, como la citada garantía de sucesión convencional que es la aplicada en la instancia y atacada (en parte) en el recurso.

Continúa exponiendo que no se trata de un supuesto de sucesión de plantilla, como puede suceder en los casos de actividades como las de limpieza o vigilancia, «sino básicamente, porque se trata de la transmisión de "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica" (art. 1 b) de la Directiva 2001/23), la "unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada" de que habla —desde siempre— nuestra doctrina jurisprudencial (SSTS S 4ª 5/2/1991 ROJ: 619/1991; 23/09/97 -Rec. 300/97-; Sala General 15/04/99 -rcud 734/98- EDJ 1999/9259; 17/05/00 -Rec. 2953/99- EDJ 2000/11052; y 25/02/02 -rcud 4293/00- EDJ 2002/27038)».

Deja constancia la Sentencia de que,

> […] en este litigo, el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Meruelo, resolviendo que el servicio de abastecimiento de agua potable y tra-

> tamiento de aguas residuales, para ser llevado de forma directa, con todos los medios materiales que ello implica. No, de inferior valor, sino muy superior, frente a la contratación de tres empleados (de los que uno continúa en el mismo servicio). Se entiende por la sala, configura la transmisión (por reversión), de empresa en los términos referidos.

Igualmente la STSJ de Cantabria de 18 de junio de 2014 (ROJ: STSJ CANT 496/2014), sobre la resolución del contrato de gestión del servicio de abastecimiento y saneamiento de aguas de Liérganes, recoge claramente que,

> […] no estamos ante un supuesto de sucesión impuesta por la negociación colectiva sino ante una sucesión legal, que como tal no está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y/o documentación establecidos en la negociación colectiva a cargo de la empresa saliente.

Esta Sentencia considera fraudulenta la omisión del deber de subrogación de los trabajadores, contratando los servicios técnicos de un fontanero autónomo para que, auxiliado por el personal municipal, proceda a efectuar las labores propias del servicio:

> Tal actuación debe calificarse de defraudadora tanto de los derechos de terceros que pudieran acceder al servicio por medio de un concurso, como frente a los actores[76] que desarrollaban con anterioridad dicho servicio; por ello, y de conformidad con el art. 6.4 del Código Civil, la responsabilidad del Ayuntamiento es clara.

3.5.2. La subrogación por aplicación del Convenio Colectivo

El Convenio Colectivo de eficacia general, aplicable al sector es el V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, al que se suele denominar abreviadamente como Convenio Estatal de Aguas[77].

Este Convenio recoge en su artículo 53 la obligación de subrogación de los trabajadores y trabajadoras:

---

[76] Trabajadores de la anterior contratista.

[77] BOE de 4 de noviembre de 2015.

> Artículo 53.— Cláusula de subrogación convencional.
> En las empresas o entidades públicas afectadas por el presente convenio colectivo, cuando la actividad en un centro de trabajo cese, por finalización o modificación total o parcial de contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc., y sea adjudicataria o nueva prestataria de dicha explotación o servicio otra empresa o entidad pública, esta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores y trabajadoras adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales.

El artículo 53 menciona expresamente el supuesto de que, en los distintos casos citados de sucesión de empresas, la nueva prestataria sea una entidad pública. Es decir que, en principio, no puede caber la mínima duda de la obligación de subrogación en los casos de remunicipalización de los servicios afectados por el ámbito de aplicación del Convenio que, según su artículo 3 se extiende a toda actividad económica que esté,

> […] comprendida dentro de la gestión total o parcial del denominado ciclo integral del agua: captación, elevación, conducción, tratamiento, incluida la desalación, distribución de aguas potables, tanto para usos domésticos como industriales, y la evacuación mediante redes de alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas residuales, tanto urbanas como industriales.

Y todo este tipo de actividades quedan incluidas «ya se trate de servicios públicos prestados por empresas o entidades privadas o públicas, o de actividades prestadas para empresas privadas».

Hay un evidente interés por las partes en dejar clara su aplicación a los servicios públicos prestados por entidades tanto públicas como privadas para tratar de evitar la posible inaplicación a la Administración en virtud de la jurisprudencia, ya comentada en apartados anteriores, que defiende su inaplicación a la misma por no ser parte negociadora del Convenio.

No obstante, excluye expresamente de su aplicación, como no podía ser de otra manera, a los funcionarios públicos sometidos a la normativa estatutaria, así como al personal con convenio colectivo propio[78].

---

[78] Artículo 3 apartado segundo:

> Para mejor precisión se especifica, por vía de exclusión expresa, que este acuerdo no será de aplicación a los organismos públicos, con o sin personalidad jurídica propia, que, comprendidos en las actividades citadas en el párrafo anterior, realicen su cometido a través de

Hay que tener en cuenta que si bien el artículo 82.3 ET establece que «los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia», existe una línea jurisprudencial, que ya hemos examinado en apartados anteriores de esta obra, que ha optado por entender que no son de aplicación dichos convenios a las Administraciones que no hayan sido parte en la negociación de los mismos, interpretando en este sentido el citado precepto[79].

En lo que se refiere al Convenio Estatal de Aguas, la mencionada Sentencia STSJ de Cantabria de 18 de junio de 2014 (ROJ: STSJ CANT 496/2014) recoge expresamente que no es aplicable el Convenio Estatal de Aguas en el caso anteriormente examinado del Ayuntamiento de Liérganes, pero explica que no es aplicable porque se trata de un caso de sucesión legal de empresa que opera *ope legis,* sin que por tanto fuera necesaria en ese caso la comunicación y la información sobre los trabajadores prevista en el citado Convenio, con lo cual la subrogación se produce automáticamente.

Como pone de manifiesto Domínguez Royo (en Todolí Signes y Martínez Saldaña, 2017), existe, sin embargo, otra línea jurisprudencial, confirmada por la STS de 4 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6500/2012)[80], ya examinada anteriormente, que considera lo contrario, es decir que es aplicable el convenio del sector de actividad correspondiente, lo que ha venido a ser ratificado por el artículo 130 LCSP, como hemos visto en apartados anteriores.

En esta línea jurisprudencial cita, en lo que se refiere a los servicios relacionados con el ciclo integral del agua, los siguientes pronunciamientos, que pasamos a exponer a continuación.

Los términos tan claros en los que se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social) de 2 de junio de 2004 (ROJ: STSJ CANT 963/2004), no necesitan mayor comentario:

---

personal sujeto a la normativa que regula la función pública, no quedando excluido el personal laboral en las empresas de naturaleza pública, en el supuesto que dicho personal no esté sujeto a la normativa de la función pública ni a convenio colectivo propio.

[79] Como ejemplos: SSTS de 15-12-1997 (R. 184/97), 14-3-2005 (R. 6/04), 26-4-2006 (R. 38/04) y 10-12-2008 (R. 2731/07).

[80] STS de 4-10-2012:

> […] se trata de hacer prevalecer, precisamente por razones de índole funcional, el convenio de la actividad —la de limpieza— que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa es un centro especial de empleo.

> […] que el referido Convenio Colectivo estatal invocado es de aplicación a la Administración (art. 2) y que «sin necesidad de la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial», dicha norma (art.43) «vincula a todos los empresarios del sector y en este caso a la Administración». Si estamos a la literalidad de la norma, el Ayuntamiento demandado al continuar con la explotación del servicio, está obligada a subrogarse y absorber al actor, en su condición de trabajador de ASCAN, antigua adjudicataria del servicio, lo que no ha hecho, ello supone un despido que debe ser calificado de improcedente.

Previamente, la misma Sala se había pronunciado en un caso en el que el Gobierno de Cantabria procedió a la gestión directa del servicio. Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social) de 26 de marzo de 2004 (ROJ: STSJ CANT 502/2004) en la cual se llegaba a la misma conclusión:

> Debe significarse finalmente que el Gobierno de Cantabria ha continuado con la actividad mediante gestión directa por los propios servicios a través de colaboradores existentes, de modo que la conclusión que se impone es la de que procede aplicar el artículo 43 del Convenio Colectivo Estatal.
>
> Señala el artículo que las empresas o Entidades públicas afectadas por el Convenio Colectivo, cuando la actividad en su centro de trabajo cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc. y sea adjudicataria otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores de aquéllos adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan.

En su FJ 4º recoge que el personal que continúa realizando la actividad no es personal funcionario, en cuyo caso no sería aplicable el Convenio, como establece su artículo 3:

> Los criterios de la sentencia recurrida sobre la base de los hechos acreditados teniendo en cuenta que los trabajos se están llevando a cabo por colaboradores y no por personal del Gobierno de Cantabria sujeto a la normativa que regula la función pública, indica que es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal, sintoniza con estos planteamientos la Sala, puesto que en definitiva estamos ante una extinción del contrato de marcado carácter unilateral entendiendo que los trabajos a realizar tienen una naturaleza permanente.

Según el artículo 53 del Convenio Estatal de Aguas, la obligación de subrogación se extiende también expresamente a los,

> […] casos en los que, por motivos tecnológicos, medio ambientales, o de cualquier otra índole, se cierre una instalación en la que se presta el servicio, y entre en funcionamiento otra nueva.

Y todo ello,

> […] independientemente de que la Administración que contrate sea diferente a la Administración que contrató la antigua instalación, o de que la nueva asuma, además del servicio que prestaba la antigua, los de otras instalaciones o servicios que no se prestaban.

Otra cuestión importante a reseñar es el **período mínimo de cuatro meses de antigüedad** que el Convenio exige como requisito para la subrogación, sin cuya concurrencia no tendrán derecho a ser subrogados.

En cuanto a las obligaciones de información, el artículo 53 del Convenio es muy estricto exigiendo que la empresa a la cual se le extingue o concluya el contrato o la concesión notifique por escrito,

> […] en el término improrrogable de quince días naturales, anteriores a la fecha efectiva de la subrogación o sustitución, o de quince días a partir de la fecha de comunicación fehaciente del cese, a la nueva empresa adjudicataria o entidad pública, y acredite documentalmente las circunstancias del puesto de trabajo.

Se señalan las siguientes, referidas a todas las personas trabajadoras en los que debe operarse la subrogación o sustitución empresarial:

- antigüedad,
- condiciones salariales y extrasalariales,
- condiciones laborales y sociales.
- Igualmente, la empresa sustituida deberá, en el mismo plazo, poner en conocimiento del personal afectado el hecho de la subrogación.

Ello sin perjuicio de que el anterior adjudicatario y, en su defecto, el nuevo o la entidad local en caso de remunicipalización, deberá notificar el cambio de adjudicatario a los representantes de los trabajadores de dicho servicio de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 53 citado recoge con todo detalle qué documentos debe facilitar la empresa saliente y acreditar ante la nueva o ante la Administración que revierte el servicio. Los documentos que la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria son los siguientes:

1. Certificado del Organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social y primas de accidentes de trabajo de todas las personas trabajadoras cuya subrogación se pretende o corresponda.
2. Fotocopia de las doce últimas nóminas o recibos de salarios mensuales de personas trabajadoras afectadas por la subrogación.
3. Fotocopia de los TC1 y TC2 de cotización de la Seguridad Social de los últimos doce meses, en los que figuren las personas trabajadoras afectadas.
4. Fotocopia del parte de alta en la Seguridad Social del personal afectado.
5. Relación de todo el personal objeto de la subrogación, en la que se especifique nombre, apellidos, documento nacional de identidad, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada y horario, modalidad de contratación y fecha de disfrute de las vacaciones.
6. Fotocopia de los contratos de trabajo que tengan suscritos los trabajadores afectados y trabajadoras afectadas.
7. Documentación acreditativa de la situación de baja por incapacidad temporal de trabajadoras y trabajadores, riesgo durante el embarazo o maternidad de aquellas trabajadoras que, encontrándose en tales situaciones, deban ser absorbidas, indicando el periodo que llevan en las mismas y sus causas. Así como los que se encuentran en excedencia, o cualquier otro supuesto de suspensión de contrato con reserva o expectativa de reingreso, siempre y cuando hayan prestado sus servicios en el centro o centros de trabajo, y que reúnan la antigüedad mínima establecida para la subrogación.
8. En el caso de que las vacaciones no hayan sido disfrutadas por el trabajador o trabajadora, total o parcialmente, estas se disfrutarán con la nueva empresa adjudicataria del servicio, debiendo la empresa saliente compensar económicamente al nuevo adjudicatario el coste salarial y de seguridad social de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.
9. Copia de documento diligenciado por cada trabajador afectado o trabajadora afectada, en los que se haga constar que este/a ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna.

Recordamos en este punto la importancia de los deberes de información, cuya jurisprudencia contradictoria ya hemos examinado en el apartado 3.2.3, que pueden llevar en algún caso a la imposibilidad de

la subrogación con el consiguiente perjuicio a las personas trabajadoras y la responsabilidad derivada del incumplimiento de dichos deberes[81].

Un caso concreto sobre la información suministrada y la aplicación del artículo 53 del Convenio Estatal de Aguas, se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 18 de julio de 2013, (Rec. 2395/2012). Se trata de un asunto que forma parte de una serie de litigios entablados por los trabajadores afectados por la sucesión de empresas encargadas de los servicios públicos relacionados con el abastecimiento de aguas y recogida de basuras en municipios de la provincia de Huelva —en el caso, Ayuntamiento de Moguer—.

La Sentencia detalla toda la información que fue suministrada por la empresa saliente y confirma la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que a su vez anuló la dictada por el Juzgado de lo Social que condenó a la empresa saliente, declarando la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Moguer y de la nueva adjudicataria del servicio, concluyendo que procede la obligación de subrogación del trabajador recurrente, y es interesante en lo que respecta a la cuestión del Convenio aplicable[82].

[81] Domínguez Royo, M., en la obra colectiva *Remunicipalización de servicios, sucesión , op, cit*., pp. 279, cita las SSTS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100) y 12 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2119), que declararon que la subrogación quedaba sin efecto y que el personal debía continuar en la empresa cedente.

[82] Relacionadas con la misma Sentencia, relativas a la provincia de Huelva y a los servicios de aguas y recogida de residuos: Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencias de 13 de mayo de 2014, Rec. 2150/2012; 15 de octubre de 2013, Rec. 3173/2012, y 26 de noviembre de 2012, Rec. 4054/2011.

BIBLIOGRAFÍA

Albi Cholbi, Fernando (1960): *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales*. Madrid: Aguilar.

Alfonso Mellado, C. L. (2016): «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 73.

Álvarez Villazón, J. C. (2019): «La contabilidad analítica aplicada a la gestión de los servicios públicos locales», en J. M. Martínez Fernández (coord.), *Gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Wolters Kluwer.

Arias Domínguez, Ángel y Rodríguez Muñoz, José Manuel (coords.) (2015): *Medidas de reestructuraciones empresariales del empleo público en tiempo de crisis*. Navarra: Aranzadi.

Ávila Cano, Eulalio (2017): «El Gobierno imposibilita la remunicipalización de servicios públicos e impide el ahorro de millones de euros a los Ayuntamientos», *Diario Público. Opinión. Otras miradas*. https://blogs.publico.es/otrasmiradas/8500/el-gobierno-imposibilita-la-remunicipalizacion-de-servicios-publicos-e-impide-el-ahorro-de-millones-de-euros-a-los-ayuntamientos/

Babiano, Luis y Subirana, Moisés (2016): *Agua, Mercantilización y desprivatización*. Ponencia del Encuentro de Ciudades por el Agua Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Bagué, Edurne (2018): «El papel de los elementos sociales que contribuyen a la tendencia remunicipalizadora en España y Catalunya» en José Esteban Castro (ed.) y Edurne Bagué (org.) *Cuadernos de trabajo de la red WATERLAT-GOBACIT*, vol. 5, n.º 1: *La lucha por la democracia en España: iniciativas desde abajo para defender los servicios de agua esenciales como un bien común*. Newcastle upon Tyne y Ciudad de México, marzo. ISSN online 2056-4864. http://waterlat.org/es/publicaciones/working-papers-series/vol5/vol5no1/

Bakker, Karen (2010): *Privatizing water. Governance failure and the world's urban water crisis*. Ithaca y Nueva York: Cornell University Press. ISBN 978-0-8014-7464-4.

Bel, Germá (2012): «Agua, gestión y dinero», *La Vanguardia*, 28 de febrero.

Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2017): *Efectos subrogatorios de los pliegos de condiciones: controversia jurisdiccional administrativo-laboral, concesiones de servicio público de transporte por carretera e incidencia*

del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Jornadas Catalanas de Derecho Social. Comunicación presentada en la segunda ponencia, Barcelona.

— (2018a): «Ley de Contratos del Sector Público y subrogación de plantilla», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 9, Sección Contratación del sector público, pp. 94-105, Editorial Wolters Kluwer, septiembre.

— (2018b): Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. https://ignasibeltran.com/2018/11/09/el-tc-declara-inconstitucional-el-apartado-uno-de-la-da-26a-de-la-ley-de-presupuestos-de-2017-impacto-en-los-procesos-de-reversion-de-la-administracion-publica/

Calatayud Prats, I. (2018): «Análisis de las modificaciones objetivas en el contrato de concesión en la LCSP, a la luz de la Directiva 2014/23/UE, de concesiones», *REGAP, Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55.

Cámara De Cuentas De La Comunidad De Madrid (27 de abril, 2017): «Informe de la Fiscalización de la gestión y control de las concesiones de servicios públicos, de obras públicas y de los cánones y otros ingresos derivados del aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público en el Ayuntamiento de Madrid vigentes en los ejercicios 2014 y 2015».

Canals Ametller, D. (2018): «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *REGAP, Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55.

Casas, Pedro (2016): «La (re)municipalización de los servicios públicos: Algunas reflexiones», *Revista de Estudios Locales*, junio. https://www.revistacunal.com/actualidad/5 339-la-re-municipalizacion-de-los-servicios-publicos-algunas-reflexiones

Castillo Blanco, Federico (2016): «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», *Revista El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 58-59. Ed. Iustel, febr-mar.

— (2017): «La reinternalización de servicios públicos. Aspectos administrativos y laborales», *Estudios de Relaciones Laborales*, n.º 11, Diputación de Barcelona, noviembre. http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/CEMICAL_reinternalizacion_servicios_publicos.pdf

CCOO (2015): «La acción sindical de CCOO ante la reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas», *Cuadernos de acción Sindical*, octubre. https://www.ccoo.es/5dd4d9861501cb716287339fd0f06c46000001.pdf

Colomer i Missé, J. (2015): «La remunicipalización de la gestión de servicios municipales», *Ecología Política*, n.º 49. https://www.ecologiapolitica.info/?p=2286

Dirección General De Tributos (2016): «Informe en relación con las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado», Secretaría de Estado de Hacienda, 20 de mayo. http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Tasa%20agua.pdf

Ducci, Jorge (2007): *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo. https://publications.iadb.org/es/publicacion/15948/salida-de-operadores-privados-internacionales-de-agua-en-america-latina

Esteve Pardo, J. (2017a): «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69.

— (2017b): «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», *Revista de Administración Pública*, n.º 202.

Ezquerra Huerva, A. (2018): «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos», *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre. http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.208/relmenu.3/chk.9e074afca582cdb2ff18f873f55180d4

Fernández Ajenjo, J. A. (2011): *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

Fernández Avilés, José Antonio (2017): «Remunicipalización de servicios públicos y su problemática jurídico laboral», ACAL, blog. http://www.acalsl.com/blog/2017/02/remunicipalizacion-de-servicios-publicos-y-su-problematica-juridico-laboral

Fernández Casadevante, J. L. (2015): «Regreso al futuro. Apuntes sobre los procesos de remunicipalización de servicios públicos en Europa», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 29. https://www.fuhem.es/papeles_articulo/regreso-al-futuro-apuntes-sobre-los-procesos-de-remunicipalizacion-de-servicios-publicos-en-europa/

Flores Domínguez, L. E. (2017): «Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69. http://www.cositsevilla.org/2017/07/03/privatizaciones-y-remunicipalizaciones-experiencias-en-el-ayuntamiento-de-sevilla/

Font i Llovet, T. y Díez Sánchez, J. J. (coords.) (2017): *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Madrid: Iustel / Fundación Democracia y Gobierno Local.

Franco, D. y Aguerrea, A. (1999): «El control de las concesiones administrativas en el ámbito local (II)», *Análisis Local*, n.º 24.

Fuertes, M. (2018): *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de riesgo y ventura*. Madrid: Marcial Pons.

García Perrote, Ignacio (2014): *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gimeno Feliú, J. M. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59.

Goerlich Peset, José María y Nores Torres, Luis Enrique (2018): «Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)», *Trabajo y Derecho: nueva re-*

vista de actualidad y relaciones laborales, n.º 43-44, pp. 102-114, julio-agosto, Sección Legislación / Observatorio temático de legislación, Editorial Wolters Kluwer.

González Varas, S. (2013): «Rescate de concesiones», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 28. https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.28._Santiago_Gonzalez_Varas_Ibanhez.pdf/e0778653-9e4b-d993-3a60-f7b5a-30578ca

Gorelli Hernández, J. (2015): «La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* n.º 10.

Goubert, Jean Pierre (1989): *The conquest of water. The advent of health in the Industrial Age*. Princeton, N.J.: Princeton University Press. ISBN: 0-691-08544-7.

Guayo Castiella, I. (2012): «Atribución al Consorcio insular de Aguas de Lanzarote de la condición de administrador de hecho de una sociedad pública cuyo único accionista es el Consorcio» (Comentario al Auto n.º 149/2011, de 1 de julio de 2011, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, julio-diciembre, p. 185, Editorial LA LEY.

Hall, D. (2012): *Remunicipalización de los servicios municipales*. Informe encargado por la Federación sindical europea de los servicios públicos a la Unidad de Investigación internacional de servicios públicos de la Universidad de Greenwich (PSIRU) mayo. https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf

— y Lobina, E. (2015): «Corporatización en el sector del agua en Europa: lecciones para el Sur Global», en David A. McDonald, *Servicios públicos en el Sur Global. Mirada crítica a nuevas formas de gestión,* pp. 249-278. Madrid: Clave Intelectual. Versión digital en: municipalservicesproject.org. https://www.municipalservicesproject.org/userfiles/file/Lobina-Hall_C8_Corporatizacion-sector-agua-Europa-lecciones-Sur-Global_249-277.pdf

Hernández González, F. L. (2016): «La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea», en J. M. Baño León (coord.) *Memorial para la reforma el Estado: Estudios en homenaje del profesor Santiago Muñoz Machado,* tomo III. Madrid: CEPC.

Hernández Jiménez, H. M. (2014): «Subrogación laboral en los contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, n.º 5.

Kishimoto, S. y Petitjean, O. (octubre, 2017): *Remunicipalización: Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos*. Publicado por Transnational Institute (TNI), Observatorio de las Multinacionales, Cámara Federal del Trabajo de Austria (AK), Federación Sindical Europea de Servicios Públicos (FSESP-EPSU), Ingeniería Sin Fronteras Cataluña (ISF), Internacional de Servicios Públicos (ISP-PSI), Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos (PSIRU), We Own It,

Sindicato de Personal Municipal y General de Noruega (Fagforbundet), Proyecto Servicios Municipales (MSP) y Sindicato Canadiense de la Función Pública (SCFP-CUPE).
https://www.tni.org/files/publication-downloads/remunicipalizacion_como_ciudades_y_ciudadania_estan_escribiendo_el_futuro_de_los_servicios_publicos.pdf

Llana Suárez, Miguel Ángel (2008): «La privatización de los servicios públicos: una estrategia global con graves consecuencias sociales», *Cultura para la esperanza: instrumento de análisis de la realidad*, n.º 72.
https://www.lahaine.org/aP1Y

Llano Sánchez, Mónica (2015): «Ultraactividad y convenio aplicable en la sucesión de empresa: la jurisprudencia del TJUE», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 180, pp. 305-328, ISSN 2444-3476.

Lobina, Emanuele; Kishimoto, Satoko y Petitjean, Olivier (2015): *Llegó para quedarse: La remunicipalización del agua, tendencia global*. Publicado por Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos (PSIRU), Transnational Institute (TNI) y Multinationals Observatory. Edición en español publicada en colaboración con: Solidaridad Internacional-Andalucía y Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento y Saneamiento (AEOPAS). Enero 2015. Puede descargarse en:
https://www.tni.org/files/download/heretostay-es.pdf

López García, C. (2016): «Las dificultades de la regulación del despido del personal laboral indefinido no fijo», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 9.

Luna Quesada, J. (2014): «El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas», *Auditoría Pública*, n.º 62, pp. 63-81.

Madrigal Esteban, María Jesús y Martínez Saldaña, David (2015): «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 40.
https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4745/documento/art03.pdf

Martínez Alzamora, Fernando; Ferrer Polo, José y Cortés Mahecha, Jorge (2007): *Sistema de Indicadores para la Gestión de las Redes de Agua Potable. Proyecto AQUA-CONTROL*. 10.13140/RG.2.2.30742.75846.

Martínez Fernández, José Manuel (2017): «La remunicipalización de servicios», *El Consultor de los Ayuntamientos,* n.º 9, 15 mayo.

— y Redondo Arranz, Teresa (2018): «La remunicipalización del agua en Valladolid», *WATERLAT-GOBACIT, Network, WORKING PAPERS,* vol. 5, n.º 1, pp. 89-122.

Mauri Majós, Joan (2017a): «Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 49.

— (2017b): «L'assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics». Ponencia Curso sobre *El servei públic del cicle de l'aigua,* Barcelona, mayo. Inédito.

Merino Estrada, Valentín y Ortega Jiménez, Pilar (2018): «Nuevos enfoques en la gestión de los Servicios Públicos Locales», *Temas de Administración Local*, n.º 103, cap. II. Granada: CEMCI.

— y Rivero Ortega, Ricardo (2012): «La simplificación procedimental y la descarga burocrática», *Revista de Estudios Locales — CUNAL,* n.º 152, número extraordinario.

Monereo Pérez, J. L. (2016): «Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos», *Temas Laborales*, n.º 135.

Naciones Unidas (1992): *Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible*. Accesible en: http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/espanol/icwedecs.html

— (2002): *Observación General 15*, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/2002/11. Accesible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15

Norwegian Ministry of Foreign Affairs (2006): *Oslo Conditionality Conference. The World Bank's and the IMF's use of Conditionality to Encourage Privatization and Liberalization: Current Issues and Practices*. Noviembre.

Olivas Arroyo, M.; Izquierdo Perís, J.; González Virgidano, R.; Mas Martínez, J. A. y Barrera Morte, J. (2018): *Auditoría operativa de la concesión administrativa de la asistencia sanitaria integral en departamentos de salud de la Comunitat Valenciana (Modelo Alzira): ¿un modelo eficiente pero de difícil control?* Auditoría pública [en línea] 72, pp. 47-58. [Consulta: 3 de enero de 2019].

Ortega Bernardo, J. y Sandepérez-Bedmar, M. de (2015): «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 9.

Ortega P. y Merino V. (2018): «Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales», *CEMCI. Colección Temas de Administración Local.*

Ortega Jiménez, P. (2014): «Organización del sector público instrumental local tras la reforma de su normativa reguladora básica: actuaciones de obligado cumplimiento», *Revista de Estudios Locales*, n.º extraordinario 169.

Palomar Olmeda, A. (2013): «El despido colectivo en las Administraciones y entes públicos», *Estudios de Relaciones Laborales*, n.º 13. Diputación de Barcelona. https://www1.diba.cat/uliep/pdf/53033.pdf

Parlamento Europeo (2018): *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano* (COM (2017)0753 — C8-0019/2018 — 2017/0332(COD)) de 1 de octubre. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0288_ES.html?redirect

Peña Molina, Marcos (2018): «Sucesión de empresas en la Administración Local: estatuto jurídico del subrogado», *El Consultor de los Ayuntamientos,* n.º 12, Sección Organización, funcionamiento y régimen jurídico, noviembre, Editorial Wolters Kluwer.

Pigeon, Martín; Mc Donald, David A.; Hoedeman, Oliver y Kishimoto, Satoko (2012): *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*. Ámsterdam: Transnational Institute.

Ponce Solé, J. (2016): «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40.

Puebla Pinilla, A. de la (2016): «Problemas laborales en la "remunicipalización" de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, n.º 17, mayo.

Pugliese, Mario (1937): *Istituzioni di diritto finanziario: diritto tributario*, Pádova: CEDAM.

Ramió, C. (2006): «Los referentes internacionales en los procesos de externalización de servicios». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 77.

— y Salvador, M. (2012): «Provisión de servicios públicos en el contexto de la administración local de España. El papel de los factores políticos institucionales y la externalización de los gobiernos locales», *Gestión y Política Pública*, vol. XXI, n.º 2, II, pp. 375-405. http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XXI_No.II/03_Carles_Ramio_y_Miquel_Salvador(375-406).pdf

Rivero Ortega, Ricardo (2008): «Potestad normativa y Servicio Público Local. Los Servicios Reglamentados», en Valentín Merino Estrada (coord.), *La potestad normativa local*, Granada: Ed. CEMCI.

— y Merino Estrada, Valentín (2014): *Innovación y gobiernos locales: estrategias innovadoras en Ayuntamiento y Diputaciones en un contexto de crisis,* Madrid: INAP.

Rodríguez Escanciano, S. (2015): «La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives*. Federació de Municipis de Catalunya, 16 diciembre.

— (2017): «Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones», *Trabajo y Derecho*, n.º 29.

Rodríguez Fernández-Oliva, A. (2013): «Un viaje de ida y vuelta: la (nuevamente) discutida naturaleza de los ingresos procedentes de los servicios públicos de abastecimiento domiciliario de agua potable. Una propuesta de integración», *Revista de Hacienda Canaria*, n.º 38, pp. 61-91, ISSN 1696-6945.

Rojo Torrecilla, Eduardo (2018): «Sobre la subrogación de personal en procesos de reversión en las Administraciones Públicas y sus efectos laborales. Notas a la importante sentencia de 31 de octubre de 2018».

— (2018): Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/sobre-la-subrogacion-de-personal-en.html

Rueda López, N. (2013): «La eficiencia y su importancia en el sector público», *eXtoikos*, n.º 12.

Sala Franco, Tomás (2015): «El acceso al empleo público laboral» en Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz (coords.), *Medidas de reestructuraciones empresariales del empleo público en tiempo de crisis*. Navarra: Aranzadi.

Sánchez Lerma, G. A. (2018): «Aspectos de legalidad en las fiscalizaciones de internalizaciones o remunicipalizaciones», *Auditoría Pública*, n.º 72, pp. 87-98.

Sánchez Morón, M. (2007) (dir): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova.

Sánchez Pérez, Alejandro (2019): «Agua y corrupción en la Comunidad de Madrid», *Madridiario*, 2 de mayo. http://www.alejandro-sanchez.net/agua-y-corrupcion-en-la-comunidad-de-madrid/

Sempere Navarro, A. V. (2014): «Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, n.º 9-10, febrero, pp. 15-50.

Serrano Sanz, J. M. (2017): «El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69.

Sosa Wagner, Francisco (2008): *La gestión de los Servicios Públicos Locales*. Madrid: Civitas.

Soto González, A. y Pérez Martín P. A. (2019): «El IVA en la actividad económica de las entidades del sector público y en las actividades de interés general financiadas por aportaciones de las Administraciones públicas», en M. Martínez Fernández (coord.) *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Wolters Kluwer.

Soto Rioja, S. de (2015): «Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencional», en J. Cruz Villalón (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Todolí Signes, Adrián (dir.) y Martínez Saldaña, David (coord.) (2017): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*. Pamplona: Ed. Aranzadi.

Tornos Mas, Joaquín (2017): «La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *Cuadernos de Derecho Local (QDL),* n.º 43.

Wollmann, H. (2013): «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un «retorno» a las gestiones públicas/municipales?», *Cuadernos de Derecho Local (QDL),* n.º 31.

World Bank (2005): «Review of World Bank Conditionality». Operations policy and country services. World Bank. September.

OTROS ENLACES DE INTERÉS

Para consultar las Sentencias del procedimiento de remunicipalización del agua de Valladolid:
https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/9907

Normas de auditoría del sector público (NASP):
ISSAI-ES: Adaptación de las NIA. Adoptadas por los OCEX:
http://asocex.es/normativa-de-auditoria

Normas técnicas de la IGAE:
http://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Paginas/NormasNotasTecnicas.aspx

Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social - NIPO: 270-15-063-7:
http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_12/contenidos/guia_12_24_2.htm

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, titulada «Libro Blanco sobre los servicios de interés general» [COM (2004) 374 final - no publicada en el Diario Oficial].
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l23013b

Plataforma por la Remunicipalización de servicios de Madrid:
http://municipalizarmad.blogspot.com/

ANEXOS

ANEXO I. Proceso de remunicipalización de Valladolid. Memoria de CCOO.

ANEXO II. Proceso de remunicipalización de Terrassa. Memoria de CCOO.

ANEXO III. Memoria justificativa jurídica, social y económico-financiera para la determinación de la forma más sostenible y eficiente de gestión del ciclo integral del agua en Valladolid.

ANEXO IV. Plantilla para la fiscalización previa de creaciones de medios propios con encargo simultáneo, y posibles modificaciones posteriores del encargo.
Fase AD: Aprobación del gasto y adjudicación.

ANEXO V. Plantilla para la fiscalización previa de contratos de concesión de servicios basada en el ACM.
Fase A: Aprobación de gasto. Contratos de concesión de servicios.

ANEXO VI. Plantilla para la fiscalización previa de contratos de concesión de servicios basada en el ACM.
Fase O: Reconocimiento de obligaciones. Concesiones de servicios.

ANEXO I

Proceso de remunicipalización de Valladolid

La experiencia de Agua de Valladolid. La creación de una Entidad Pública Empresarial Local tras finalizar el periodo concesional

Memoria de CCOO*

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Valladolid adjudicó, por acuerdo de Pleno celebrado el 26 de mayo de 1997, la concesión administrativa de la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua y saneamiento de Valladolid a la empresa «UTE AGUALID». Posteriormente adjudicó, el 12 de mayo de 2005, la concesión administrativa de la gestión del servicio de depuración de aguas residuales y control de vertidos a la red de alcantarillado de Valladolid a la misma empresa.

En el mes de enero de 2016 se creó un equipo interno de trabajo técnico, con un perfil interdisciplinar encargado de elaborar un estudio técnico para que se pudiera asumir el mismo servicio con continuidad y sin incidencias a la finalización de la concesión.

El estudio fue presentado a los grupos políticos municipales en fecha 13 de abril de 2016, realizándose mesas informativas para la población en fechas 20 de Abril de 2016 (I Foro ciudadano sobre el ciclo del agua), 23 de Mayo de 2016 (II Foro ciudadano) y 12 de Julio de 2016 (III Foro ciudadano).

Fruto del anterior estudio se elaboró la memoria justificativa, que incluía todos los informes preceptivos y que sirvió de base para la toma de decisión de no mantener el régimen concesional y crear una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL) para la gestión del servicio de aguas, depuración de aguas residuales y control de vertidos a la red de alcantarillado. Hecho que se produjo en los plenos celebrados el 30 de diciembre de 2016 y el 23 de febrero de 2017.

---

* Reproducción literal de la Memoria elaborada por CCOO.

PLANTILLA DE AGUAS DE VALLADOLID

Con fecha 31 de diciembre de 2015 el total de trabajadores de Aguas de Valladolid ascendía a 159 empleados de los cuales 55 pertenecen a la antigua plantilla de ASVA, sociedad municipal que gestionaba el servicio antes de la formalización de la concesión en 1997.

RESUMEN PERSONAL OPERATIVO A 31/12/2015															
N.º EMPLEADOS															
	PROCEDENCIA			UBICACIÓN							CLASIFICACIÓN CONVENIO				
				PLANTAS		REDES		CENTRAL			GRUPOS				
	ASVA	NUEVO	TOTAL	(Inc. Calidad/Labor)	EDAR (Inc. vertido)	Abastec.	Saneam.	Atención Cliente	Soporte/ Idi	Dir./Admon.	5	4	3	2	1
PERSONAL DIRECTIVO	4	4	8	1		1		1	1	4	2	6			
PERSONAL TÉCNICO	3	14	17	4	4	2	1		6		1	12	3	1	
PERSONAL ADMINISTR.	11	14	25	1	1	1	1	11	4	6			7	18	
PERSONAL LABORAL	37	72	109	28	28	26	20	4	3	0			8	81	20
TOTAL PERSONAL	**55**	**104**	**159**	**34**	**33**	**30**	**22**	**16**	**14**	**10**	**3**	**18**	**18**	**100**	**20**

En la tabla siguiente se muestra un mayor detalle de los empleados que pertenecieron anteriormente a ASVA, también por ubicación de puesto de trabajo actual y su clasificación al grupo de convenio correspondiente.

DETALLE EMPLEADOS ASVA A 31/12/2015														
N.º EMPLEADOS														
	TOTAL	UBICACIÓN							CLASIFICACIÓN CONVENIO					
		PLANTAS		REDES		CENTRAL			GRUPOS					
		ETAP	EDAR	Abastec.	Saneam.	Atención cliente	Soporte	Dir./Admon.	5	4	3	2	1	
DIRECTIVO	4			1		1		2		4				
TÉCNICO	3	1		1			1		1	2				
ADMINISTATIVO	11					7	2	2		1	3	7		
LABORAL	33	12	3	11	7						4	27	2	
JUBILADOS parcial	4	1	1	1	1						1	3		
TOTAL N.º	**55**	**14**	**4**	**14**	**8**	**8**	**3**	**4**	**1**	**7**	**8**	**37**	**2**	
		33%		40%		27%			2%	13%	15%	67%	4%	

Clasificación de la plantilla a 31/07/2016

• *Por TIPO de contrato*:

El 90% de la plantilla tiene un contrato indefinido.

PLANTILLA OPERATIVA 31/07/2016 — POR TIPO DE CONTRATO		
Indefinido	146	90%
Interinidad temporal	4	2%
Duración determinada (Jubilación parcial)	3	2%
Duración determinada (Obra, Producción)	7	4%
Vacantes	2	1%
	162	100%

• *Por FUNCIÓN/UBICACIÓN*:

Las ETAP's concentran al 30% de la plantilla.

PLANTILLA OPERATIVA 31/07/2016 — POR FUNCIÓN/UBICACIÓN		
Oficina Central	25	15%
Laboratorio	9	6%
Control de vertidos	18	11%
ETAP - Las Eras	38	23%
ETAP - San Isidro	7	4%
EDAR	16	10%
Mantenimiento ETAPS	5	3%
Reparaciones agua	22	14%
Obras y otros trabajos	4	2%
Alcantarillado	14	9%
Contadores	2	1%
Vacantes	2	1%
	162	100%

• *Por TIPO de puesto*:

Los puestos más numerosos son operarios 60% y administrativos 15%.

PLANTILLA OPERATIVA 31/07/2016 — POR TIPO DE PUESTO		
Gerente	1	1%
Adjunto a Dirección	1	1%
Director Funcional	3	2%
Jefe de Producción	3	2%
Jefe de Distribución	1	1%
Jefe de Laboratorio	1	1%
Jefe de Unidad	8	5%
Técnico	9	6%
Analista	8	5%
Delineante	2	1%
Administrativo	24	15%
Auxiliar	1	1%
Capataz	1	1%
Operario	97	60%
Vacantes (Mto. y Saneamiento)	2	1%
	162	100%

• *Por ANTIGÜEDAD en la empresa*:

El 75% de la plantilla lleva más de 10 años en la empresa.

PLANTILLA OPERATIVA 31/07/2016 — POR ANTIGÜEDAD		
Más de 30 años en la empresa	12	7%
Entre 20 y 30 años en la empresa	35	22%
Entre 10 y 20 años en la empresa	74	46%
Entre 0 años y 10 años en la empresa	39	24%
(En el año 2016 se han contratado 11empleados)		
Vacantes (Mto.y Saneamiento)	2	1%
	162	100%

• *Por EDAD del trabajador*:

El 62% de la plantilla tiene entre 30 y 50 años de edad.

PLANTILLA OPERATIVA 31/07/2016 — POR EDAD	TRABAJADOR	
Más de 60 años	5	3%
Entre 50 y 60 años	53	33%
Entre 40 y 50 años	70	43%
Entre 30 y 40 años	30	19%
Entre 25 y 30 años	2	1%
Vacantes (Mto. y Saneamiento)		
	162	100%

INTERVENCIÓN SINDICAL DE CCOO

Una vez tomada la decisión de no renovar el régimen concesional del servicio de abastecimiento y depuración de aguas por el Ayuntamiento de Valladolid se iniciaron todos los tramites para resolver la cuestión laboral. La primera acción fue la realización de una asamblea general a la que asistió el propio Alcalde, Oscar Puente, donde trasladó tanto la decisión como que la plantilla pasaría a considerarse empleados públicos en la situación de indefinidos no fijos.

Ya en dicha asamblea CCOO marcó una postura con algunas diferencias que tenía tres ejes fundamentales:

1. Apostábamos por un modelo de Entidad Pública Empresarial que estimábamos de mayor garantía de empleo.
2. La subrogación debía realizarse de acuerdo al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma negociada.
3. Dicha subrogación debería garantizar el mantenimiento del empleo y de las condiciones de trabajo reflejadas en el convenio de empresa que estaba en vigor.

Con posterioridad a esta asamblea y tras la constitución de la EPEL Agua de Valladolid, CCOO realizó una propuesta al Comité de Empresa (con mayoría de UGT) que planteaba instar a dicha Entidad a establecer un marco de negociación sobre las siguientes materias:

1. Fecha prevista de la transmisión.
2. Motivos de la transmisión.
3. Consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión.
4. Medidas previstas respecto de los trabajadores:
   A) Garantía de Empleo: Subrogación de todos los contratos vigentes (incluidos los de obra y servicio o temporales que no hayan finalizado su vigencia).
   B) Garantía de las Condiciones Laborales: Convenio Colectivo de aplicación, Acuerdos alcanzados con la Empresa Aguas de Valladolid S.A. en materias concretas (Jubilación, igualdad, prevención y formación) y Calendario Laboral establecido en la actualidad.
5. Estructura organizativa, tanto de producción como de recursos humanos.
6. Relación de trabajadores y trabajadoras que van a ser adscritos a la EPE:
   A) Distribución del personal perteneciente a la Estructura de Dirección y criterios aplicables para su asignación.
   B) Distribución del resto de personal, con indicación del Grupo Profesional, Categoría y Nivel Profesional, antigüedad en el mismo y en la Empresa, residencia y centro de trabajo al que esté adscrito.
   C) Personal, si lo hubiera, en excedencia, bien sea voluntaria o forzosa por cargo público o sindical.
7. Estatuto de la Entidad Pública Empresarial.
8. Relación de Activos y Pasivos de la EPE.
9. Plan de viabilidad de la EPE.

El Comité de Empresa, si bien no recogió en su literalidad la propuesta de CCOO, se dirigió a la nueva empresa lográndose abrir la negociación. Fruto de esta negociación se llegó a un acuerdo en los siguientes términos:

1. La Entidad Pública Empresarial Local Agua de Valladolid queda subrogada en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que tenía la anterior empresa. El cambio de titularidad no implica extinción de ninguna de las relaciones laborales existentes a la fecha de trasmisión.
2. Serán subrogados los trabajadores en activo en el momento de la sucesión que realicen su trabajo con contrato en vigor a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuera la modalidad del contrato de trabajo.
3. Serán subrogados todos los trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo que en el momento de la subrogación tengan una

antigüedad mínima de cuatro meses en la misma y se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso, descanso maternal o en situaciones análogas.

4. Serán subrogados todos los trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen habiendo cumplido los 64 años o con quienes se haya suscrito contrato de relevo.
5. La EPEL Agua de Valladolid respetará los compromisos de pensiones en los terminos previstos en los Planes firmados.
6. La EPEL Agua de Valladolid y la mercantil AGUAS DE VALLADOLID, S.A. responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la trasmisión y que no hubieran sido satisfechas.
7. Una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la trasmisión fuere de aplicación, Convenio Colectivo del que se partirá para la iniciación de futuras negociaciones. También se respetará el Calendario Laboral vigente.
8. La anterior regulación estará vigente hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo.
9. El cambio de titularidad del empresario no extinguirá el mandato de los representantes legales de los trabajadores.
10. La EPEL Agua de Valladolid, hasta que se abra un nuevo periodo de negociaciones, respetará la estructura organizativa, tanto de producción como de recursos humanos.
11. La EPEL Agua de Valladolid facilitará a los miembros del Comité de Empresa el plan plurianual de actuaciones y previsiones de ingresos y gastos.
12. La EPEL Agua de Valladolid elaborará una propuesta de organización de actividades y recursos (humanos, económicos y tecnológicos) de la Entidad y deberá ser informado por el Comité de Empresa.
13. La EPEL Agua de Valladolid creará una bolsa de empleo temporal, que se adicionará al acuerdo una vez formalizada la subrogación, a la que podrán incorporarse, además de cualesquiera otros que cumplan los requisitos, aquellos trabajadores que habiendo sido contratados en cualquier fecha del año 2017 acaben contrato y no sean renovados, siempre con respeto para el acceso al empleo a los principios de igualdad mérito y capacidad.

Durante todo el proceso negociador hubo que realizar un esfuerzo de información, cuando no de pedagogía, en el intento de superar varias dificultades que aumentaron la complejidad del proceso.

En primer lugar hubo que resolver la controversia que se originaba al existir una parte del personal que procedía de la antigua ASVA (por tanto empleados públicos) hecho que definitivamente se resolvió con la firma del nuevo Convenio Colectivo.

En segundo lugar, el proceso que significaba el fin del régimen concesional fue sometido a una fuerte presión jurídica como consecuencia de las demandas promovidas por la empresa concesionaria y por la Administración General del Estado impugnando las decisiones de los Plenos municipales del Ayuntamiento de Valladolid de 30 de diciembre de 2016 (demanda de Aguas de Valladolid y de la AGE) y del 26 de febrero de 2017 (demanda de Aguas de Valladolid).

En ambas demandas se incluía un apartado sobre los límites legales para la contratación de nuevo personal, en el intento de que la subrogación del personal fuera un elemento que hiciera descarrilar el proceso en su conjunto.

Ambas sentencias resolvieron de forma idéntica la cuestión. Señalan las mencionadas sentencias que es de plena aplicación el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, al producirse una sucesión de empresa de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados suficientes para llevar a cabo una actividad económica. Señala, igualmente, que:

> 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 […] Nada impide que ese personal puede tener otra vinculación diferente […] Dicho de otra manera, ese personal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores […] puede tener una relación jurídica con el sujeto que sucede a la actividad anterior, ya sea una Administración u otra entidad de derecho público, aunque nunca […] será la propia de un empleado público.

Es decir, la tesis que finalmente adoptó el Juzgado de lo Contencioso, en ambas sentencias, fue la misma que CCOO defendió desde el principio, los trabajadores/as debían ser subrogados manteniendo en su totalidad sus derechos contractuales y convencionales. Sin embargo, el Ayuntamiento en dos informes, uno de los servicios jurídicos y otro de la Intervención, mantuvieron que para el caso de una EPEL el personal subrogado pasaría a ser empleados públicos en la figura de indefinidos no fijos (figura de carácter jurisprudencial no contemplada en el EBEP). Dicha posición fue manifestada por el propio Alcalde con motivo de la primera asamblea de trabajadores y trabajadoras realizada para dar a conocer la decisión adoptada en el pleno y su alcance.

CCOO, desde esa primera asamblea, mantuvo la posición de que las trabajadoras, trabajadores y subrogados continuarían manteniendo las condiciones de su contrato y de su convenio (fijos indefinidos los que fueran fijos indefinidos y temporales los que así lo fueran) lo que sin duda ayudó a reducir la incertidumbre de todo el proceso.

Posteriormente, la negociación del nuevo Convenio Colectivo, este sí afectado por las disposiciones del sector público en materias como la subida salarial o la jornada por citar dos cuestiones muy sensibles, y su posterior acuerdo, supuso cerrar todos los recelos suscitados y garantizar la estabilidad de la plantilla de esta empresa.

En conclusión, CCOO fue un instrumento imprescindible para la garantía en materia laboral del proceso de recuperación del servicio de gestión municipal de Aguas de Valladolid, por su solvencia en el aspecto jurídico y por el acompañamiento durante los dos procesos negociadores (subrogación y convenio), fomentando la participación del conjunto del personal en todo su recorrido.

ANEXO II

PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN DE TERRASSA

MEMORIA DE CCOO*

VISIÓN LABORAL-SINDICAL

A mediados del 2015, llega al Sector del Agua de Cataluña, vía la Sección Sindical de la empresa Mina, la intención del Ayuntamiento de Terrassa de revertir el servicio del agua en la ciudad. Dado que la concesión vence dentro de este mandato, varios grupos políticos municipales lo incorporan en sus programas electorales y se prevé que sean los mayoritarios a las elecciones. Lo acaban siendo (20 de los 27 regidores votan a favor de la «remunicipalización»).

A causa de este hecho, se inicia un proceso de reversión del servicio público del agua en la ciudad, que durará todo el mandato electoral, finalizando el 10 de diciembre del 2018 con una empresa pública llamada TAIGUA que será la gestora del servicio en la ciudad.

En el cuadro adjunto podréis ver una síntesis de todo el proceso, enfocado únicamente desde la parte laboral. Es necesario ser pragmáticos y no entrar en detalles del proceso, o este escrito sería un libro inacabable por la complejidad del proceso. Pensad que son 4 años, donde ha pasado de todo, por ejemplo, la dimisión del propio alcalde...

A continuación relatamos cronológicamente aquellos hechos remarcables sobre los cuales queremos poner especial énfasis y que es necesario tener en cuenta para futuros procesos de reversión del servicio dentro del Sector:

1. **Necesidad absoluta de un buen asesoramiento Jurídico-Sindical** que disfrute de plena confianza de las personas que representan a las trabajadoras y trabajadores. Más que abogados son necesarias personas con capacidad de negociación. En este proceso se ha ido mucho más allá de lo estrictamente legal, se ha pretendido atar el futuro de todas las personas trabajadoras y esto no lo hace solo un abogado, sino que se necesita de visión político-sindical del problema.

---

* Reproducción literal de la Memoria elaborada por CCOO.

2. **Predisposición de entendimiento por parte del Ayuntamiento** o la administración pública que lleve a puerto la reversión. Necesidad de tener mesas de negociación y diálogo abiertas con los agentes implicados del consistorio (políticos, técnicos municipales, etc.).
3. **Posicionamiento prudente respecto al proceso, hay que entenderse con Ayuntamiento y Empresa, por parte de la plantilla y el comité.** Nosotros como Sector anteponemos los intereses de las trabajadoras y trabajadores.
4. Evidentemente **nos importa también el Servicio esencial que prestamos** y no lo pondremos en riesgo, por el interés de la ciudadanía y, cómo no, porque se ponen en riesgo nuestros puestos de Trabajo y nuestras condiciones socio-laborales.
5. **Fundamental basarse en un informe técnico-jurídico de repercusión laboral,** como el que se ha tenido en este proceso. Los artífices del mismo han sido Josep Aldomá y Joan Mauri, catedráticos de la Universidad de Barcelona. Este informe es el que ha eliminado las dudas existentes sobre si se podía subrogar al personal o no y por qué vía se podía encaminar.

En la página siguiente comienza el cuadro de *Pasos y acciones de los agentes implicados en el proceso de remunicipalización*.

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN			
AÑO	AYUNTAMIENTO DE TERRASSA	CCOO Y COMITÉ DE EMPRESA	EMPRESA (MINA)
2015	1. Elecciones municipales. Construcción de mayoría favorable a la remunicipalización (PSC, TeC, ERC i CUP).	1. Apertura del comité al exterior: a. A nivel político (relaciones con el consistorio). Reuniones con todos los grupos políticos. b. A nivel sindical, clave en el éxito del proceso de subrogación. 2. Desde CCOO se crea una ayuda a tres bandas: a. Sector del Agua en Cataluña. b. Territorio (brazo político CCOO Cataluña). c. FSC – Cataluña. 3. Posicionamiento de **NEUTRALIDAD** en el proceso. (El tiempo nos dio la razón, al final se pusieron de acuerdo empresa y Ayuntamiento y conviven juntos).	

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN (continuación)			
AÑO	AYUNTAMIENTO DE TERRASSA	CCOO Y COMITÉ DE EMPRESA	EMPRESA (MINA)
2016	1. Acuerdo del pleno municipal para mantener los puestos de trabajo y la estabilidad laboral de la plantilla necesaria para el suministro del agua a Terrassa (29 de abril). 2. Primera prórroga forzosa de la concesión (9 de diciembre).	1. Rueda de prensa del Comité de empresa. (25 de febrero). 2. Negociaciones con los grupos políticos para llegar a acuerdos de mantenimiento de puestos de trabajo. Reunión final con todos los partidos políticos del consistorio y miembros de CCOO (marzo/abril). 3. Manifestación de la plantilla y CCOO delante del Ayuntamiento para forzar el acuerdo del pleno municipal en el mantenimiento de condiciones y estabilidad laboral de la plantilla (29 de abril).	1. Campaña de MINA en la deslegitimación del acuerdo del pleno que asegura el mantenimiento de puestos de trabajo. Según la empresa es «papel mojado». 2. Finaliza concesión después de 175 años. Inicio de la primera prórroga (9 de diciembre). 3. MINA organiza una conferencia en Terrassa, contrata de ponente al catedrático Alfonso Mellado, que desmiente la línea jurídica propuesta por el Ayuntamiento y CCOO en la subrogación del personal (diciembre).

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN (continuación)			
AÑO	AYUNTAMIENTO DE TERRASSA	CCOO Y COMITÉ DE EMPRESA	EMPRESA (MINA)
2017	1. Intento de mediación laboral en Barcelona entre MINA, Ayuntamiento y Comité (resulta un fracaso) (mayo). 2. Publicación del informe hecho por Josep Aldomá, catedrático UB, sobre afectación del personal en reversiones de servicios públicos, subrogación plantilla (Brillante informe que da luz al proceso y elimina los miedos inculcados por el catedrático contratado por Mina). 3. Publicación de la memoria técnica de la nueva empresa. Donde aparecen, entre otros, la organización del personal de la EPEL. 4. Segunda prórroga forzosa (9 de junio).	1. Informe Jurídico por parte de los abogados de CCOO que refuerza la corriente de subrogación vía art.44 de ET y art. 53 Convenio Estatal del sector. En línea jurídica defendida por el catedrático Joan Mauri. En contraposición a la tesis elaborada por MINA y Alfonso Mellado (enero). 2. Intento de mediación laboral en Barcelona entre MINA, Ayuntamiento y Comité (resulta un fracaso) (mayo). 3. **Asambleas durante 2017 para informar y hacer frente a las campañas desinformativas de MINA:** a. 25 de enero b. 25 de julio c. 10 de octubre. 4. El comité se posiciona en contra de las alegaciones individuales que MINA está promoviendo en relación a la memoria.	1. Intento de mediación laboral en Barcelona entre MINA, Ayuntamiento y Comité (resulta un fracaso) (mayo). 2. MINA inicia discurso en relación a la memoria técnica de la EPEL, basándose en que sólo se necesitarán 94 puestos de trabajo. Lo que genera ambiente de miedo a la plantilla de MINA. Que son 130 personas trabajadoras. 3. Alegaciones de MINA a la memoria técnica. Intento de que la plantilla interponga alegaciones individuales en contra de la memoria. Solo 10 trabajadores lo hacen de 130.

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN (continuación)			
AÑO	AYUNTAMIENTO DE TERRASSA	CCOO Y COMITÉ DE EMPRESA	EMPRESA (MINA)
2017	5. Se crea, a petición de CCOO, una Comisión de seguimiento entre Ayuntamiento y Comité por el cambio de gestión, que se reunirá periódicamente (noviembre).	5. CCOO y Comité se reúnen en dos ocasiones con el gerente de la ACA (Agencia Catalana del agua) para tratar el tema del agua en alta y sus consecuencias sobre la plantilla de la ETAP de Abrera (octubre). 6. Se crea, a petición de CCOO, una Comisión de seguimiento entre Ayuntamiento y Comité por el cambio de gestión, que se reunirá periódicamente (noviembre).	
2018	1. El Ayuntamiento está de acuerdo en subrogar a los jubilados parciales y sus relevistas.	1. Los servicios jurídicos de CCOO dan la aprobación a los acuerdos de jubilación parcial. MINA ha de acatar los acuerdos firmados en 2013.	1. MINA pone problemas en los acuerdos de jubilación parcial a los 61 años. Argumenta que al estar en período de prórroga es el Ayuntamiento quien lo tiene que hacer. Finalmente, MINA cede y acata los acuerdos.

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN (continuación)			
AÑO	AYUNTAMIENTO DE TERRASSA	CCOO Y COMITÉ DE EMPRESA	EMPRESA (MINA)
2018	2. Tercera prórroga forzosa (9 de mayo). 3. Acuerdo entre Ayuntamiento y Comité de Empresa de adecuación de las condiciones laborales del convenio de MINA al Ayuntamiento. Este pacto contempla mejoras como: a. Horas médicas indefinidas para el trabajador y familiares de 1r Grado. b. 1 día más de asuntos propios. c. 2 días de vacaciones adicionales. d. Aumentos salariales 2018-2020. e. Eliminación discriminación por antigüedad. 4. Acuerdo entre MINA y Ayuntamiento. MINA pone a disposición de la EPEL las aplicaciones informáticas, los caudales de agua, las oficinas de atención al usuario y las analíticas del Laboratorio (septiembre 2018).	2. Asambleas hechas durante 2018: a. Varias durante todo el año (Explicación reuniones de seguimiento de subrogación con el Ayuntamiento). b. 25 de junio: Votación del acuerdo con el Ayuntamiento de adecuación de condiciones laborales a la empresa pública, aprobado por mayoría, 3 abstenciones). 3. El Comité presiona a MINA y consigue que ciertos trabajadores con contratos eventuales sean fijos 4 meses antes de la subrogación. De esta manera mantienen su futuro puesto de trabajo en la EPEL. 4. Pacto entre MINA y Ayuntamiento que rompe las negociaciones de subrogación total de la plantilla construidas hasta el verano.	2. Durante las 3 prórrogas la negociación interna con la empresa es complicada siempre con el argumento de estar en periodo de prórroga. 3. Acuerdo entre MINA y el Ayuntamiento que permite la continuidad de cierta parte del negocio de MINA, así como garantizar la transición pacífica y positiva para la continuidad del servicio, siendo contratada por la EPEL.

PASOS Y ACCIONES DE LOS AGENTES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE REMUNICIPALIZACIÓN (continuación)	
2018	**Negociaciones a tres bandas (Ayuntamiento, Mina, CCOO) para subrogar a todo el personal de MINA (octubre / noviembre / diciembre 2018):** • El acuerdo entre MINA y el Ayuntamiento que se produce en verano desarticula el trabajo hecho hasta el momento por CCOO y el comité, lo que conlleva un nuevo escenario de negociación y trabajo. • MINA necesita de ciertos trabajadores/as para su negocio que surge después de este pacto (aspecto que la empresa siempre había negado). • Se trabaja con la figura jurídica de la «suspensión contractual» articulada en el art.45.1 del Estatuto de los Trabajadores para el colectivo que MINA necesita para prestar los servicios que la EPEL le contratará de manera transitoria con un máximo de 5 años. Después de un periodo de tensión negociadora entre las tres partes se llega a un acuerdo que divide la plantilla en tres grupos: a) Plantilla subrogada directamente (117 personas). b) Plantilla que subroga y acto seguido firma una «suspensión contractual» (9 persones) y Acuerdo suspensión individual. c) Personas que voluntariamente quedan en MINA (25 personas). (Se acuerdan y firman listas con nombres y apellidos de cada colectivo que no adjuntamos por motivos de confidencialidad). CCOO y el comité consiguen subrogar a 4 personas de los servicios telefónicos que estaban en situación de cesión ilegal de trabajadores (llevaban 10 años trabajando para MINA contratados por ETT). Sobre los tres colectivos se han firmado mejoras salariales y laborales hasta 2020. Los acuerdos de subrogación fueron explicados y votados en Asambleas en Terrassa y el centro de trabajo de Abrera (los días 15 de noviembre y 4 de diciembre. Un único voto en contra y ninguna abstención). **FINALMENTE, EL 10 DE DICIEMBRE DE 2018, SE PONE EN MARCHA LA NUEVA EMPRESA PÚBLICA, TAIGUA.**

ANEXO III

MEMORIA JUSTIFICATIVA JURÍDICA, SOCIAL Y ECONÓMICO-FINANCIERA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FORMA MÁS SOSTENIBLE Y EFICIENTE DE GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN VALLADOLID

Reproducimos por su especial interés el apartado 12 de la Memoria justificativa, correspondiente a la Propuesta del modo de gestión del ciclo integral del agua en Valladolid. La memoria completa se puede consultar en el siguiente enlace: http://aquavall.es/wp-content/uploads/2017/06/MEMORIA-APROBACIÓN-EPELY-ASESORAMIENTOS-RECIBIDOS.pdf

12º. PROPUESTA DEL MODO DE GESTIÓN: VENTAJAS, DETERMINACIÓN Y RAZONAMIENTO DE LA ELECCIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN DEL SERVICIO.

La toma de la decisión acerca del modo de gestión de un servicio público está condicionada por los principios de buena administración, y se enmarca en diversas disposiciones tanto comunitarias como estatales.

La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero en su artículo 2.1 dispone que:

> La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water, en su número 44, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, es decir, que la decisión corresponde a los Estados miembros. A su vez señala algunas cuestiones relevantes:

> 44. Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (nº 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente;
>
> 45. Destaca que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Comisión debe mantenerse neutral en relación con las decisiones nacionales sobre el régimen de propiedad de los servicios de aguas, por lo que no debe de ningún modo promover la privatización de estos servicios ni por vía legislativa ni de ningún otro modo;
>
> 46. Recuerda que la posibilidad de remunicipalización de los servicios de agua debe seguir garantizada sin limitaciones y que estos servicios deben seguir siendo de gestión pública si así lo ha decidido la autoridad local responsable; recuerda que el agua es un derecho humano básico que debe ser accesible y asequible para todos; destaca que los Estado*s miembros tienen el deber de velar por que el agua esté garantizada para tod*os, con independencia del operador, y asegurarse al mismo tiempo de que los operadores proporcionen agua potable salubre y mejoren el saneamiento;
>
> 62. Señala que los Estados miembros deben prestar especial atención a las necesidades de los grupos vulnerables de la sociedad y asimismo garantizar que las personas necesitadas tengan acceso a agua de calidad asequible;
>
> 65. Pide a la Comisión que garantice que las autoridades competentes pongan a disposición de los ciudadanos interesados toda la información

> relativa a la calidad y la gestión del agua de manera fácilmente accesible y comprensible, y que se informe y se consulte plenamente y a tiempo a los ciudadanos sobre todos los proyectos de gestión del agua; observa, asimismo, que, en la consulta pública realizada por la Comisión, el 80% de los participantes afirmaron que resulta esencial aumentar la transparencia del control de la calidad del agua;

La legislación interna, dispone un criterio para la determinación de la forma de gestión. Así, el artículo 85,2 de la Ley de Bases de Régimen Local, en la redacción dada al mismo por la ley 27/2003 y posteriormente por la ley 27/2013, dispone en la actualidad que:

> […] 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.

DETERMINACIÓN Y RAZONAMIENTO DE LA ELECCIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN

▸ **Desde un punto de vista cuantitativo,** puede concluirse que la gestión directa es la forma más eficiente de gestionar el servicio teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Para justificarlo, a continuación se exponen **los modelos económicos** generados para acreditar dicha rentabilidad.

Dos son las variables económicas que la definen en estos modelos:

- **el incremento de tarifa** necesario para llevar a cabo las inversiones requeridas (absorbiendo el déficit inversor de los últimos años y ejecutando todas las actuaciones precisas para la renovación de las infraestructuras necesarias los próximos años)
- y **las necesidades de financiación** con las que gestionar el servicio.

En los casos de gestión indirecta se parte de una rentabilidad establecida para el socio del 5% y en los casos de gestión directa una optimización de los recursos de caja amortizando en el periodo el préstamo necesario. Sin olvidar en todos los modelos que tanto el incremento de tarifa y las necesidades de financiación son necesarias a partir del año 2018 debido al volumen de inversiones requerido de 178 MM€.

PERIODO: 15 AÑOS

Inversión del periodo: 178.500.000 €

AMORTIZACIÓN INVERSIÓN NUEVA

ABASTECIMIENTO: 38% A 25 AÑOS
SANEAMIENTO: 42% A 35 AÑOS
MAQ. E INSTALACIONES: 20% A 15 AÑOS

482.347 € EN AMORTIZACIÓN por cada año de inversión de 11.900.000 €

DIRECTA AYUNTAMIENTO

TARIFAS	RENTABILIDAD AYUNTAMIENTO
0,923%*	Tesorería FINAL PERIODO 0 MM €

* No se ha considerado la NO aplicación de la regla de prorrata del IVA

EMPRESA MUNICIPAL / ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL

TARIFAS	RENTABILIDAD E.P.E.
0,971%	Tesorería FINAL PERIODO 0 MM €

MIXTA

TARIFAS	FINANCIACIÓN	RENTABILIDAD		
		SOCIO		AYUNTAMIENTO
		Retribución anual acumulada	Dividendos 49% tesorería D. inversión	Dividendo + Exc. C.S. 51% tesorería D. inversión
1,83%	SOCIO Capital social 9,1 MM €	12,1 MM €	1,8 MM €	1,9MM
		5,0%		

CONCESIÓN

TARIFAS	CANON INICIAL	RENTABILIDAD	
		CONCESIONARIO	AYUNTAMIENTO
2,20%	83,1MM€ AMORTIZA 15 AÑOS	VIA RESULTADOS	CANON ANUAL 6 MM € Reinvierte todo Reinvierte Canon I.
		5,0%	

CANON INICIAL (83,1) + REINVERSIÓN AYUNTAMIENTO (6x15=90) + INTS Fº (5,4) = **178,5 MM €**

Se han realizado **previsiones de *cash flow*** (resultado + amortizaciones) a 15 años **para todos los modelos de gestión** teniendo en cuenta los parámetros definidos, y las conclusiones se pueden apreciar en el cuadro anterior.

Modo de gestión. Directa por la propia Entidad Local

La **subida mínima de tarifas** que hace que al final del periodo no se tenga ni préstamo ni excedente de tesorería es del **0,923%** anual para poder ejecutar las inversiones necesarias en dicho periodo (178 MM €).

El *cash flow* acumulado al final del periodo (15 años) con el incremento de tarifas mencionado es de 186,1 MM €.

Las **necesidades de financiación** para comenzar la actividad ascienden a 8 MM € y durante seis ejercicios se incrementan. A partir del séptimo ejercicio se genera excedente de tesorería que se emplea en devolver el préstamo inicial, estando totalmente amortizado al final del periodo.

Las **premisas** más importantes utilizadas son:

— Mantenimiento de plantilla de RRHH (31/12/2015) y mantenimiento de coste.
— Mantenimiento m^3 consumidos.
— Incremento coste Energía valorado en 201.000 €.
— Ahorro de Tributos Locales.
— No Impuesto de Sociedades.

Modo de gestión. Entidad pública empresarial local/Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública

La **subida mínima de tarifas** que hace que al final del periodo no se tenga ni préstamo ni excedente de tesorería es del **0,971%** anual.

El *cash flow* acumulado al final del periodo (15 años) con el incremento de tarifas mencionado es de 186,5 MM €.

Las **necesidades de financiación** para comenzar la actividad ascienden a 8 MM € y durante seis ejercicios se incrementan. A partir del séptimo ejercicio se genera excedente de tesorería que se emplea en devolver el préstamo inicial, quedando prácticamente amortizado al final del periodo.

Las **premisas** más importantes utilizadas son:

— Mantenimiento de plantilla de RRHH (31/12/2015) y mantenimiento de coste.
— Mantenimiento m^3 consumidos.

— Incremento coste Energía valorado en 201.000 €.
— Ahorro de algunos Tributos Locales.
— Bonificación del 99% de la cuota del Impuesto de Sociedades.

Modo de gestión. Indirecta MIXTA

La **subida mínima de tarifas** que consigue una **rentabilidad del 5%** para el socio industrial es del **1,83%** anual.

El *cash flow* acumulado al final del periodo (15 años) con el incremento de tarifas mencionado es de 173,2 MM €.

La participación del socio es del 49% del capital social que supone un **aporte inicial** de **9,1 MM €.**

La retribución del socio industrial es la siguiente:

— Anualmente recibe el 1% de resultados antes de amortización más el 2% de ingresos por venta. Se contabiliza como un gasto de la sociedad por asesorías y gestión. Al final del periodo asciende aproximadamente a **12 MM €.**
— Dividendos repartidos por la Sociedad, después de Inversión y de la devolución del préstamo, para el socio asciende a **1,8 MM €.**

Los dividendos para el Ayuntamiento después de Inversión al final del periodo y de la devolución del préstamo asciende a **1,9 MM €.**

Las **premisas** más importantes utilizadas son:

— Mantenimiento de plantilla de RRHH (31/12/2015) y mantenimiento de coste.
— Mantenimiento m^3 consumidos.
— Incremento coste Energía valorado en 201.000 €.
— Rentabilidad para el socio: 5%.

Modo de gestión. Indirecta CONCESIÓN

La subida mínima de tarifas que consigue una **rentabilidad del 5%** para el concesionario es del **2,2%** anual.

El *cash flow* acumulado al final del periodo (15 años) con el incremento de tarifas mencionado es de 126.885.520 €.

La retribución del concesionario al Ayuntamiento es de un canon anual de **6 MM €**, que se invierte en el ciclo del agua.

El canon que aporta el Concesionario al inicio de actividades es de **83 MM €.** El Concesionario puede amortizar dicha cantidad en el periodo de concesión.

El Ayuntamiento realiza las inversiones anuales previstas con el canon inicial, el canon anual y los intereses que genera el canon inicial, total del periodo 178,5 MM € (83 +6*15+5,4).

Las **premisas** más importantes utilizadas son:

— Mantenimiento de plantilla de RRHH (31/12/2015) y mantenimiento de coste.
— Mantenimiento m^3 consumidos.
— Incremento coste Energía valorado en 201.000 €.
— Rentabilidad para el socio: 5%.

A modo de **comparativa** entre los modos de gestión analizados se muestra en el cuadro siguiente el *cash flow* acumulado manteniendo los ingresos iguales (subida de tarifa en todos ellos del 0,923%).

CASH FLOW ACUMULADO (INGRESOS ACUMULADOS IGUALES EN CADA MODO DE GESTIÓN)	
INGRESOS ACUMULADOS 472.149.696 €	
DIRECTA AYUNTAMIENTO	**ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL**
(no se ha considerado la NO aplicación de la regla prorrata de IVA)	
186.062.120 €	184.814.205 €
MIXTA	**CONCESIÓN**
149.298.519 €	93.869.403 €

Concluyendo desde un punto de vista cuantitativo, los modelos muestran una mayor rentabilidad económica de la gestión directa, tanto por la propia entidad como mediante entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, que permiten conseguir la ejecución de todas las inversiones necesarias para el ciclo integral del agua con la menor subida de tarifa y con excedente de tesorería a partir del séptimo año. La situación es económicamente más desfavorable (con mayor subida de tarifa) en la gestión indirecta fundamentalmente por el efecto de la bonificación del Impuesto de Sociedades al 99% o 100% en los modelos de gestión directa y por la rentabilidad establecida para el socio, lo que ocurre en las formas de gestión indirecta.

El detalle de todos los modelos se puede ver en el **Anexo: Previsión de Cuentas de Resultados a 15 años. En los cuadros del Anexo se puede comparar la evolución de la financiación, del *cash flow,* etc.** [Ver memoria completa en: http://aquavall.es/wp-content/uploads/2017/06/MEMORIA-APROBACIÓN-EPELY-ASESORAMIENTOS-RECIBIDOS.pdf]

▶ **Desde un punto de vista cualitativo,** se considera más eficiente la gestión directa, ya que si bien en los modos de gestión indirecta se asegura también la prestación de los servicios públicos, haciendo realidad los principios de asequibilidad, igualdad, calidad y continuidad, mediante la dirección y control del concesionario, se le debe garantizar una rentabilidad y mantenerla a lo largo de la vida del contrato. Este compromiso asumido frente al agente privado, condiciona la prestación del servicio ya que la administración no puede variar las condiciones, por mucho que cambien las circunstancias sociales o económicas del servicio público, sin tramitar la correspondiente modificación contractual, si ella fuera posible y garantizando el reequilibrio económico de la concesión. La gestión directa permite adoptar la decisión que mejor se adapta a los intereses generales sin estar condicionado por los compromisos asumidos frente al socio o concesionario.

La continuidad y eficacia del servicio mediante la gestión directa queda garantizada, pues cuenta con los recursos humanos y materiales, dado que se subroga a la plantilla de la anterior concesionaria, y que el Ayuntamiento de Valladolid es el titular de las infraestructuras y equipamientos.

Dentro de las formas de gestión directa, la elección de la entidad pública empresarial local, se basa en sus ventajas cualitativas respecto de la gestión por la propia Entidad Local, mediante Organismo autónomo local o sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, siendo el resultado económico prácticamente equivalente.

Los motivos por los que se considera más sostenible y eficiente la entidad pública empresarial son los siguientes:

1.º Frente a la gestión directa propia Entidad Local:

a) De la presente Memoria se deduce la existencia de un déficit inversor por parte del Ayuntamiento de Valladolid durante los últimos años. Si se optase por la gestión directa por la propia Entidad Local, ese efecto podría producirse de nuevo, ya que se produciría una dilución en la estructura municipal de los recursos financieros obtenidos a través de las tasas municipales, y la consiguiente falta de imputación directa ingresos al ciclo integral del agua. Por lo tanto, la gestión directa por la propia Entidad Local

no garantiza el ritmo y volumen de las inversiones que requiere el ciclo integral del agua.

En cualquier caso, en la gestión por la propia Entidad Local, si se ejecuta toda la inversión necesaria para el ciclo integral del agua, podrían resultar negativamente afectadas otras inversiones o programas municipales, dadas las condiciones actuales de limitación del gasto que impone la legislación en materia de estabilidad presupuestaria a las entidades locales. En este sentido se adjunta a la Memoria el informe sobre el impacto en el presupuesto del Ayuntamiento de Valladolid al incorporar como gestión directa de la entidad local las actividades encaminadas a las prestaciones de servicios relacionadas con el ciclo integral del agua, emitido por técnico economista de la Comisión.

b) El tipo de actividad que supone la gestión del ciclo integral del agua, es de naturaleza prestacional, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Este tipo de actividades requieren en su gestión y en la toma de decisiones que llevan aparejadas, una inmediatez y agilidad que en ocasiones no es compatible con los procedimientos de la Administración centralizada. Esta realidad es reconocida en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que prevé, en sus artículos 85.bis y 85.ter, entidades específicas del sector público que son más compatibles en su gestión con la naturaleza de las prestaciones que gestionan. Asimismo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a quien deben entenderse remitidas las referencias de la Ley 7/1985, determina su regulación, cuyas características justifican su organización en régimen de descentralización funcional por la flexibilidad en la gestión que alcanzan y que es compatible con los mecanismos de control de la gestión de fondos públicos.

c) Por último, el Ayuntamiento de Valladolid en la actualidad no aplica la regla de prorrata para poder liquidar el Impuesto Sobre el Valor Añadido. Aunque se trata de un aspecto que puede considerarse coyuntural, no es menos cierto que tiene una gran importancia económica en este momento. Los sistemas de tratamiento de la información implementados en el Ayuntamiento de Valladolid no permiten la gestión del volumen de ingresos derivados del ciclo del agua ni la consiguiente gestión del Impuesto Sobre el Valor Añadido, ni es previsible que lo sean en corto o medio plazo, pues está condicionado por los procedimientos administrativos para su contratación, ejecución y puesta en explotación. Este dato no se ha tenido en cuenta en los modelos económicos, por no poder realizar una estimación de plazos de implantación, pero su importancia cuantitativa sería más que relevante. También lo sería el cambio organizativo que requeriría en la

propia entidad local. Sobre la sujeción al Impuesto Sobre el Valor Añadido se refiere el segundo informe de la Asesora Fiscal, y el del Consejo Económico Administrativo que se adjuntan a la Memoria.

2.º Frente a Organismo autónomo local:

Además de las dos primeras consideraciones realizadas para la gestión directa por la propia Entidad Local, que también son predicables de los organismos autónomos, la regulación de los organismos autónomos, según la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, justifica la menor adecuación del organismo autónomo a la naturaleza de las prestaciones del ciclo integral del agua. Así, los organismos autónomos desarrollan actividades derivadas de la propia Administración Pública, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta, mientras que las entidades públicas empresariales, se cualifican por simultanear el ejercicio de potestades administrativas y de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.

3.º Frente a la Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública:

Las entidades públicas empresariales, se cualifican por simultanear el ejercicio de potestades administrativas y de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Según la definición que de ellas hace el artículo 103.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.

Por otro lado, las sociedades mercantiles, de acuerdo con el artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se rigen por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.

Para determinar cuál de las dos figuras jurídicas es más adecuada para la gestión del ciclo integral del agua de Valladolid se ha tenido en cuenta lo dispuesto en la Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (rec. Casación 4091/2013) en la cual el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los efectos respecto a la naturaleza jurídica de la contraprestación del servicio de abastecimiento de agua potable tras la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003. El Alto Tribunal considera que dicha contraprestación sigue manteniendo el carácter de tasa, con independencia de que el servicio lo preste la administración directamente o lo preste una sociedad mercantil municipal o privada en régimen de gestión indirecta.

Sobre este extremo se ha emitido informe del Consejo Económico Administrativo, que se adjunta a la Memoria, que avala la posibilidad de otorgar a la entidad pública empresarial, mediante previsión estatutaria, la potestad recaudatoria. De esta carecería la sociedad mercantil local, lo que confiere, a la entidad pública empresarial una mayor eficiencia respecto de la sociedad, al poder ejecutar la tarea de recaudación del ingreso, y por lo tanto, completar todas las fases derivadas de la gestión del servicio público.

GESTIÓN COMPARTIDA DE SERVICIOS COMUNES Y CONSTATACIÓN DE NO DUPLICIDADES

La propuesta de creación de la entidad pública empresarial se basa en el principio de mejora de la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumento de su productividad que debe regir la actuación pública de conformidad con las leyes, en especial la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Sector Público y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Como ha quedado expuesto en esta Memoria, y habida cuenta de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del ingreso público, la propuesta de gestión compartida con el Ayuntamiento de Valladolid de las potestades administrativas relacionadas con la gestión, liquidación y recaudación de los ingresos de derecho público de la entidad pública empresarial, a través del funcionario de habilitación municipal que los ostente en el Ayuntamiento, son sin duda un exponente de dicha eficiencia, y de no duplicidad de servicios.

El régimen de control previsto en los Estatutos, a través de la Intervención Municipal supone también un sistema de gestión compartida, dado que no incrementa órganos de control, ni dispersa los criterios para ejercerlo.

Por último las posibilidades de cualquier otra gestión compartida de servicios comunes, siempre que incidan en dicha eficiencia son posibles

por las facultades de tutela del Ayuntamiento previstas igualmente en los Estatutos.

Por último, se ha constatado que la creación de la Entidad Pública Empresarial Local «Agua de Valladolid E.P.E.» (denominación prevista para la misma, pendiente de registro) con el alcance que se ha propuesto, y por tratarse de una asunción de un servicio antes gestionado de forma indirecta, no supone duplicidad de servicios con los existentes en la Administración Municipal.

Valladolid, a 17 de noviembre de 2016

ANEXO IV

PLANTILLA PARA LA FISCALIZACIÓN PREVIA DE CREACIONES DE MEDIOS PROPIOS CON ENCARGO SIMULTÁNEO, Y POSIBLES MODIFICACIONES POSTERIORES DEL ENCARGO

Fase AD
Aprobación del gasto y adjudicación: creación y encargo, o modificación del encargo
(Versión ampliada del ACM. Expediente no previsto en el ACM)

(DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL INFORME) (REFERENCIA ALFANUMÉRICA)

FECHA DE EMISIÓN

D/Dña. ....., Interventor General de la Entidad Local ....., informo que con fecha ...../...../..... se ha recibido en este servicio el expediente que se identifica, solicitando la emisión del informe que corresponda en ejercicio de la función interventora que la legislación atribuye a este órgano de control:

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE:
N.º Y FASE DE EJECUCIÓN .....
FISCALIZACIÓN PREVIA/FECHA .....
TIPO .....
IMPORTE .....
APLICACIÓN P.ª .....

El presente informe, se emite con base en los siguientes Fundamentos jurídicos (incorporar los que correspondan según el tipo de expediente):

1. *Ley de Bases de Régimen Local*
2. *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en adelante LRHL)*

3. *Legislación sectorial de la materia, estatal y autonómica. Como mínimo se incluirá la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*
4. *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (RDCISPL)*
5. *Normativa reglamentaria estatal y autonómica ....*
6. *Acuerdo del Pleno de la Entidad Local ....., de fecha ...../...../..... por el que se acuerda el ejercicio de la función interventora en régimen especial limitada a requisitos esenciales y se determinan estos.*
7. *Acuerdo del Pleno de delegación de competencias (en su caso)*
8. *Acuerdo del Presidente de delegación de competencias (en su caso)*

[...]

Se ha procedido al examen de la documentación que obra en el expediente que se ha remitido, de acuerdo con el régimen aprobado en esta entidad para el ejercicio de la función interventora, que **se encuentra/no se encuentra** limitado a la comprobación únicamente de los requisitos básicos generales, y los específicos que se han aprobado por el Pleno en su acuerdo de ...../...../....., según el tipo de expediente y su fase de tramitación.

El resultado de ese análisis se resume en los siguientes cuadros, en lo que se indica a continuación de cada uno de los requisitos si se ha acreditado su cumplimiento en el expediente, si no se ha hecho, o si el requisito no se aplica en este caso.

PRIMER GRUPO: REQUISITOS GENERALES		
a) Existencia de crédito	[**]	
La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.	RC y existencia de financiación (documentos fehacientes).	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Se entenderá que el crédito es adecuado cuando financie obligaciones a contraer o nacidas y no prescritas a cargo de la hacienda local, cumpliendo los requisitos y reglas presupuestarias de **temporalidad, especialidad y especificación** reguladas en el TRHLRL.		DESFAVORABLE/ FAVORABLE

Si se trata de contraer compromisos de gastos con carácter plurianual, o con carácter anticipado, se comprobará que se cumple con lo previsto en el art 174 LRHL.	Certificado de cumplimiento de límites (se pide con el RC). Debe verificarse también que se incluye la condición prevista en el art 174 LRHL en el expediente (Pliego, bases…).	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/NO SE APLICA
b) Competencia presupuestaria		
Que los gastos u obligaciones se proponen al órgano competente para la aprobación del compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación.	Referencia a la norma que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) Competencia material		
La competencia del órgano de contratación, del concedente de la subvención, del que celebra el convenio de colaboración o del que resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial y, en general, del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad para la aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación de que se trate.	Referencia a la norma/ expediente que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Tramitación		
d) Que los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente, **en caso de ser necesaria la separación de fases.**	Existencia de operación previa de la fase A, tras enviarse la Resolución a su toma de razón	NO SE APLICA
Asimismo, en los expedientes de reconocimiento de obligaciones, que los mismos responden a **gastos aprobados** y en su caso fiscalizados favorablemente.	Existencia de operación previa de las fases A y D, o AD, tras enviarse la Resolución o resoluciones a su toma de razón.	NO SE APLICA
En caso de que haya designación de Interventor para la comprobación material de una inversión, que se ha producido la intervención de la citada comprobación material de la inversión y su carácter favorable, sin perjuicio de lo dispuesto en distintos puntos de este Acuerdo en los casos en que resulte de aplicación el segundo párrafo del artículo 198.2 de la LCSP y no hubiese llegado el momento de efectuar la correspondiente comprobación material de la inversión.	Escrito de solicitud de asistencia al acto de comprobación, con la indicación de la Intervención sobre su asistencia. Si esa ha sido favorable, debe adjuntarse el acta del resultado de la comprobación.	NO SE APLICA

[**] La parte sombreada se refiere al contenido de la documentación que ha de ser controlada y no es necesario que figure en el informe.

1. REQUISITOS ESENCIALES A COMPROBAR PREVIAMENTE A LA CREACIÓN DE UN ENTE INSTRUMENTAL QUE GESTIONARÁ UN SERVICIO PÚBLICO	
a) Que existe informe jurídico de la Secretaría General, que examinará el contenido del expediente y se pronunciará de manera expresa entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de creación del ente, y también sobre los fundamentos de la obligatoriedad de asumir por parte de la Administración la unidad productiva.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
b) Que se justifica que es la forma más sostenible y eficiente para la gestión del servicio.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) En el caso de que se trate de una sociedad mercantil o una entidad pública empresarial, que se ha 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, y además que existe informe del interventor local que valora 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.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
d) Que en caso de aplicarse la subrogación empresarial, se acredita mediante informe jurídico, la existencia de una unidad productiva que se transmite a la Administración de manera obligatoria.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

2. REQUISITOS ESENCIALES A COMPROBAR PREVIAMENTE A LA APROBACIÓN Y COMPROMISO DE GASTO CORRESPONDIENTE A UN ENCARGO A UN MEDIO PROPIO	
a) Que se reconoce en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo la condición de medio propio personificado respecto del poder adjudicador que hace el encargo, con el contenido mínimo previsto en la letra d) del artículo 32.2 de la Ley de contratos del Sector Público.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
b) Que el objeto definido para la entidad es concreto y referido a la prestación objeto de expediente, de manera que no pueda realizar otras distintas. y que en el momento de su creación, sólo se permite la realización de actuaciones para su poder adjudicador. o en caso de permitirse otras, se limita expresamente su volumen al 80% de la actividad del ente dependiente.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) Que existe informe jurídico de la Secretaría General.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
d) Que en su caso, existe proyecto de obras informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

e) Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definan las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto, elaborado de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
f) Que las prestaciones objeto del encargo estén incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria del mismo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
g) En el supuesto de que el encargo prevea pagos anticipados, que en el mismo se exige a la entidad encomendada la prestación de garantía suficiente.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA

3. REQUISITOS ESENCIALES A COMPROBAR PREVIAMENTE A LA APROBACIÓN Y COMPROMISO DE GASTO CORRESPONDIENTE A LA MODIFICACIÓN DE UN ENCARGO A UN MEDIO PROPIO	
a) Que existe informe de la Secretaría General.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
b) Que en su caso, existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
c) Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definan las actuaciones a realizar así como su correspondiente presupuesto, elaborado de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
d) Que las prestaciones objeto del encargo estén incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria del mismo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
e) Que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio vaya a contratar con terceros, en su caso, conforme a la propuesta de encargo, no exceda del 50 por ciento de la cuantía del encargo, con las excepciones previstas en el artículo 32.7 LCSP.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA

A la vista del resultado de las comprobaciones realizadas, en relación con el análisis del cumplimiento de los requisitos que, de entre los de obligatoria revisión, son aplicables a este expediente, se emite INFORME ..... (FAVORABLE /CON REPAROS)

(Se señalarían a continuación los extremos comprobados de manera desfavorable, detallando los incumplimientos de manera motivada, en su caso).

Cabe añadir también OBSERVACIONES tanto si la fiscalización es favorable como si no lo es.

ANEXO V

PLANTILLA PARA LA FISCALIZACIÓN PREVIA DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS BASADA EN EL ACM

Fase A
Aprobación de gasto.
Contratos de concesión de servicios
(Versión ampliada: contrato no previsto en el ACM)

(DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL INFORME) (REFERENCIA ALFANUMÉRICA)

FECHA DE EMISIÓN

D/Dña. ....., Interventor General de la Entidad Local ....., informo que con fecha ...../...../..... se ha recibido en este servicio el expediente que se identifica, solicitando la emisión del informe que corresponda en ejercicio de la función interventora que la legislación atribuye a este órgano de control:

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE:
N.º Y FASE DE EJECUCIÓN .....
FISCALIZACIÓN PREVIA/FECHA .....
TIPO .....
IMPORTE .....
APLICACIÓN P.ª .....

El presente informe, se emite con base en los siguientes Fundamentos jurídicos (incorporar los que correspondan según el tipo de expediente):

1. *Ley de Bases de Régimen Local*
2. *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en adelante LRHL)*

3. *Legislación sectorial de la materia, estatal y autonómica. Como mínimo se incluirá la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*
4. *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (RDCISPL)*
5. *Normativa reglamentaria estatal y autonómica ....*
6. *Acuerdo del Pleno de la Entidad Local ....., de fecha ...../...../..... por el que se acuerda el ejercicio de la función interventora en régimen especial limitada a requisitos esenciales y se determinan estos.*
7. *Acuerdo del Pleno de delegación de competencias (en su caso)*
8. *Acuerdo del Presidente de delegación de competencias (en su caso)*

[...]

Se ha procedido al examen de la documentación que obra en el expediente que se ha remitido, de acuerdo con el régimen aprobado en esta entidad para el ejercicio de la función interventora, que **se encuentra/no se encuentra** limitado a la comprobación únicamente de los requisitos básicos generales, y los específicos que se han aprobado por el Pleno en su acuerdo de ...../...../....., según el tipo de expediente y su fase de tramitación.

El resultado de ese análisis se resume en los siguientes cuadros, en los que se indica a continuación de cada uno de los requisitos si se ha acreditado su cumplimiento en el expediente, si no se ha hecho, o si el requisito no se aplica en este caso.

PRIMER GRUPO: REQUISITOS GENERALES		
a) Existencia de crédito	[**]	
La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.	RC y existencia de financiación (documentos fehacientes).	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Se entenderá que el crédito es adecuado cuando financie obligaciones a contraer o nacidas y no prescritas a cargo de la hacienda local, cumpliendo los requisitos y reglas presupuestarias de **temporalidad, especialidad y especificación** reguladas en el TRHLRL.		DESFAVORABLE/ FAVORABLE

Si se trata de contraer compromisos de gastos con carácter plurianual, o con carácter anticipado, se comprobará que se cumple con lo previsto en el art 174 LRHL.	Certificado de cumplimiento de límites (se pide con el RC). Debe verificarse también que se incluye la condición prevista en el art 174 LRHL en el expediente (Pliego, bases…).	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
b) Competencia presupuestaria		
Que los gastos u obligaciones se proponen al órgano competente para la aprobación del compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación.	Referencia a la norma que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) Competencia material		
La competencia del órgano de contratación, del concedente de la subvención, del que celebra el convenio de colaboración o del que resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial y, en general, del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad para la aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación de que se trate.	Referencia a la norma/ expediente que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Tramitación		
d) Que los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente, **en caso de ser necesaria la separación de fases.**	Existencia de operación previa de la fase A, tras enviarse la Resolución a su toma de razón	NO SE APLICA
Asimismo, en los expedientes de reconocimiento de obligaciones, que los mismos responden a **gastos aprobados** y en su caso fiscalizados favorablemente.	Existencia de operación previa de las fases A y D, o AD, tras enviarse la Resolución o resoluciones a su toma de razón.	NO SE APLICA
En caso de que haya designación de Interventor para la comprobación material de una inversión, que se ha producido la intervención de la citada comprobación material de la inversión y su carácter favorable, sin perjuicio de lo dispuesto en distintos puntos de este Acuerdo en los casos en que resulte de aplicación el segundo párrafo del artículo 198.2 de la LCSP y no hubiese llegado el momento de efectuar la correspondiente comprobación material de la inversión.	Escrito de solicitud de asistencia al acto de comprobación, con la indicación de la Intervención sobre su asistencia. Si esa ha sido favorable, debe adjuntarse el acta del resultado de la comprobación.	NO SE APLICA

[**] La parte sombreada se refiere al contenido de la documentación que ha de ser controlada y no es necesario que figure en el informe.

REQUISITOS ESENCIALES A COMPROBAR PREVIAMENTE A LA APROBACIÓN DEL GASTO DE UN EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DE CONCESIÓN DE SERVICIOS	
1.1.1. Requisitos comunes a todos los contratos incluidos en el ACM	
a) Que existe pliego de cláusulas administrativas particulares o, en su caso, documento descriptivo, informado por la Secretaría General.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
b) Cuando se utilice modelo de pliego de cláusulas administrativas, verificar que el contrato a celebrar es de naturaleza análoga al informado por la Secretaría General.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece, para la determinación de la mejor oferta, criterios vinculados al objeto del contrato. Que cuando se utilice un único criterio éste esté relacionado con los costes, de acuerdo al artículo 146.1 de la LCSP. Que si el único criterio a considerar es el precio, se verificará que éste sea el del precio más bajo. En los casos en que figuren una pluralidad de criterios de adjudicación basados en la mejor relación calidad-precio, que se establezcan con arreglo a criterios económicos y cualitativos. En los casos en que el procedimiento de adjudicación propuesto sea el de diálogo competitivo se verificará asimismo que en la selección de la mejor oferta se considera más de un criterio de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
d) Cuando se prevea la utilización de varios criterios de adjudicación o de un único criterio distinto del precio, que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormalmente bajas.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
e) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo prevé, cuando proceda, que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor ha de presentarse en sobre independiente del resto de la proposición.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
f) Que el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo establece al menos una de las condiciones especiales de ejecución que se enumeran en el artículo 202.2 LCSP y la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo Sectorial de aplicación.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
g) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación el procedimiento abierto simplificado, comprobar que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 159.1 LCSP. En caso de que este procedimiento se tramite según lo previsto en el artículo 159.6 LCSP, se verificará que no se supera el valor estimado fijado en dicho apartado, y que entre los criterios de adjudicación no hay ninguno evaluable mediante juicios de valor.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
h) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación un procedimiento con negociación, comprobar alguno de los supuestos previstos en los artículos 167 o 168 LCSP para utilizarlo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA

i) Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación el diálogo competitivo, verificar que se cumple alguno de los supuestos de aplicación del artículo 167 LCSP; y, en el caso de que se reconozcan primas o compensaciones a los participantes, que en el documento descriptivo se fija la cuantía de las mismas y que consta la correspondiente retención de crédito.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
j) Cuando se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de modificar el contrato en los términos del artículo 204 de la Ley de Contratos del Sector Público, verificar que el porcentaje previsto no es superior al 20 por 100 del precio inicial, y que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
k) Cuando se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares la utilización de la subasta electrónica, verificar que los criterios de adjudicación a que se refiere la misma se basen en modificaciones referidas al precio y, en su caso, a requisitos cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA

1.1.4. Aprobación del gasto. Requisitos específicos para el contrato de concesión de servicios	
l) Que el objeto del contrato está perfectamente definido, de manera que permita la comprobación del exacto cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
m) Que existe pliego de prescripciones técnicas del servicio o, en su caso, documento descriptivo. Asimismo, que existe reglamento regulador del servicio.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
n) Que se justifica en el expediente la carencia de medios suficientes para la prestación del servicio por la propia Administración con sus propios medios.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
o) Que la duración del contrato prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo se ajusta a lo previsto en la LCSP.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
p) Que existe estudio de viabilidad o, en su caso, estudio de viabilidad económico-financiera.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
q) Que existe anteproyecto de construcción y explotación de las obras, si procede, con inclusión del correspondiente presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de las obras.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
r) Que existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

s) Que existe acta de replanteo previo, si procede.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
t) Cuando se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación, así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, que figura como criterio evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente. En el caso de que la licitación obedezca a una previa resolución del contrato de concesión por causas no imputables a la Administración, que se establece en el pliego o documento descriptivo como único criterio de adjudicación el precio y que en el expediente se incluye justificación de las reglas seguidas para la fijación del tipo de licitación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 281 y 282 LCSP.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
u) Que se incluyen en el expediente datos que ofrecen una valoración de las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implica la contratación, detallándose en el expediente tanto los mayores gastos como los mayores ingresos, y su incidencia en la estabilidad presupuestaria, de manera que el interventor pueda fiscalizar esta valoración de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional 3ª LCSP. En caso de ser preceptivo el Informe del Interventor de la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, que este se aporta y es favorable.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
v) Que, en su caso, existe el informe de la Oficina Nacional de Evaluación previsto en el artículo 333 LCSP, y en caso de apartarse de sus recomendaciones, que existe informe motivado al respecto.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

A la vista del resultado de las comprobaciones realizadas, en relación con el análisis del cumplimiento de los requisitos que, de entre los de obligatoria revisión, son aplicables a este expediente, se emite INFORME ..... (FAVORABLE /CON REPAROS)

(Se señalarían a continuación los extremos comprobados de manera desfavorable, detallando los incumplimientos de manera motivada, en su caso)

Cabe añadir también OBSERVACIONES tanto si la fiscalización es favorable como si no lo es.

ANEXO VI

PLANTILLA PARA LA FISCALIZACIÓN PREVIA DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS BASADA EN EL ACM

Fase O
Reconocimiento de obligaciones.
Concesiones de servicios
(Versión ampliada. Contrato no previsto en el ACM)

(DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL INFORME) (REFERENCIA ALFANUMÉRICA)

FECHA DE EMISIÓN

D/Dña. ....., Interventor General de la Entidad Local ....., informo que con fecha ...../...../..... se ha recibido en este servicio el expediente que se identifica, solicitando la emisión del informe que corresponda en ejercicio de la función interventora que la legislación atribuye a este órgano de control:

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE:

N.º Y FASE DE EJECUCIÓN .....
FISCALIZACIÓN PREVIA/FECHA .....
TIPO .....
IMPORTE .....
APLICACIÓN P.ª .....

El presente informe, se emite con base en los siguientes Fundamentos jurídicos (incorporar los que correspondan según el tipo de expediente):

1. *Ley de Bases de Régimen Local*
2. *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en adelante LRHL)*

3. *Legislación sectorial de la materia, estatal y autonómica. Como mínimo se incluirá la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*
4. *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (RDCISPL)*
5. *Normativa reglamentaria estatal y autonómica ....*
6. *Acuerdo del Pleno de la Entidad Local ....., de fecha ...../...../..... por el que se acuerda el ejercicio de la función interventora en régimen especial limitada a requisitos esenciales y se determinan estos.*
7. *Acuerdo del Pleno de delegación de competencias (en su caso)*
8. *Acuerdo del Presidente de delegación de competencias (en su caso)*

[...] ***Incorporar los que correspondan según el tipo de expediente.***

Se ha procedido al examen de la documentación que obra en el expediente que se ha remitido, de acuerdo con el régimen aprobado en esta entidad para el ejercicio de la función interventora, que **se encuentra/no se encuentra** limitado a la comprobación únicamente de los requisitos básicos generales, y los específicos que se han aprobado por el Pleno en su acuerdo de ...../...../....., según el tipo de expediente y su fase de tramitación.

El resultado de ese análisis se resume en loas siguientes cuadros, en los que se indica a continuación de cada uno de los requisitos si se ha acreditado su cumplimiento en el expediente, si no se ha hecho, o si el requisito no se aplica en este caso.

PRIMER GRUPO: REQUISITOS GENERALES		
a) Existencia de crédito	[**]	
La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.	Existencia de crédito en la operación previa o nueva RC	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Se entenderá que el crédito es adecuado cuando financie obligaciones a contraer o nacidas y no prescritas a cargo de la hacienda local, cumpliendo los requisitos y reglas presupuestarias de **temporalidad, especialidad y especificación** reguladas en el TRHLRL.	Revisar si se cumplen las reglas de temporalidad en la emisión de la documentación justificativa	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

Si se trata de contraer compromisos de gastos con carácter plurianual, o con carácter anticipado, se comprobará que se cumple con lo previsto en el art 174 LRHL.		NO SE APLICA
b) Competencia presupuestaria		
Que los gastos u obligaciones se proponen al órgano competente para la aprobación del compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación.	Referencia a la norma que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) Competencia material		
La competencia del órgano de contratación, del concedente de la subvención, del que celebra el convenio de colaboración o del que resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial y, en general, del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad para la aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación de que se trate.	Referencia a la norma/ expediente que atribuye la competencia a ese órgano en la propuesta de resolución.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
Tramitación		
d) Que los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente, **en caso de ser necesaria la separación de fases.**	Existencia de operación previa de la fase A, tras enviarse la Resolución a su toma de razón	NO SE APLICA
Asimismo, en los expedientes de reconocimiento de obligaciones, que los mismos responden a **gastos aprobados** y en su caso fiscalizados favorablemente.	Existencia de operación previa de las fases A y D, o AD, tras enviarse la Resolución o resoluciones a su toma de razón.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
En caso de que haya designación de Interventor para la comprobación material de una inversión, que se ha producido la intervención de la citada comprobación material de la inversión y su carácter favorable, sin perjuicio de lo dispuesto en distintos puntos de este Acuerdo en los casos en que resulte de aplicación el segundo párrafo del artículo 198.2 de la LCSP y no hubiese llegado el momento de efectuar la correspondiente comprobación material de la inversión.	Escrito de solicitud de asistencia al acto de comprobación, con la indicación de la Intervención sobre su asistencia. Si esa ha sido favorable, debe adjuntarse el acta del resultado de la comprobación.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

[**] La parte sombreada se refiere al contenido de la documentación que ha de ser controlada y no es necesario que figure en el informe.

REQUISITOS ESENCIALES DE LA FASE DE RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIÓN RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO CONCESIONAL	
4.4.1. Financiación parcial de la construcción de la obra por parte de la Administración	
4.4.1.1. Abonos por aportaciones durante la construcción	
a) Que existe certificación, autorizada por el facultativo Director de la obra y con la conformidad de los servicios correspondientes del órgano gestor.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
b) Que la aportación pública está prevista en el pliego o documento descriptivo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) En caso de efectuarse anticipos de los previstos en el artículo 240.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que tal posibilidad está contemplada en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se ha prestado la garantía exigida.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
d) Cuando la certificación de obra incluya revisión de precios, para su abono, comprobar que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 103.5 LCSP, y que se aplica la fórmula de revisión prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
e) En el caso de la certificación final, que está autorizada por el facultativo Director de la obra, que existe informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede, y que se acompaña acta de comprobación a la que se refiere el artículo 256. Asimismo, cuando incluya revisión de precios para su abono, comprobar que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 103.5 de la Ley de Contratos del Sector Público y que se aplica la fórmula de revisión prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
4.4.1.2. Abonos por aportaciones durante la construcción	
a) Que existe acta de comprobación y que la aportación pública está prevista en el pliego o documento descriptivo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
4.4.1.3. Abonos en caso de que la financiación de la construcción de la obra se realice a través de subvenciones o préstamos reintegrables, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Contratos del Sector Público	
a) Que la aportación pública está prevista en el pliego o documento descriptivo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

4.4.2. Abono al concesionario de la retribución por la utilización de la obra	
a) Cuando se incluya revisión de precios, para su abono, comprobar que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 103.5 LCSP, y que se aplica la fórmula de revisión prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE/ NO SE APLICA
b) Que se aporta factura por la empresa adjudicataria de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se regulan las obligaciones de facturación, y en su caso, en la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE
c) En caso de que la retribución se efectúe mediante pagos por disponibilidad, que se aplican los índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad previstos en el pliego cuando proceda.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

4.4.3. Aportaciones públicas a la explotación prevista en el artículo 268 de la Ley de Contratos del Sector Público	
a) Que la aportación pública está prevista en el pliego o documento descriptivo.	DESFAVORABLE/ FAVORABLE

A la vista del resultado de las comprobaciones realizadas, en relación con el análisis del cumplimiento de los requisitos que, de entre los de obligatoria revisión, son aplicables a este expediente, se emite INFORME ..... (FAVORABLE /CON REPAROS)

(Se señalarían a continuación los extremos comprobados de manera desfavorable, detallando los incumplimientos de manera motivada, en su caso)

Cabe añadir también OBSERVACIONES tanto si la fiscalización es favorable como si no lo es.

La Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento y Saneamiento (AEOPAS) publica este *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua* con el objetivo de apoyar a los ayuntamientos que toman la decisión de remunicipalizar los servicios de abastecimiento y saneamiento que, en su momento, fueron privatizados. El Manual es un documento eminentemente técnico y jurídico que toca los aspectos clave de una remunicipalización y aporta el acervo, el conocimiento y la experiencia de un grupo de expertos en la materia.

La publicación de este Manual es de especial importancia por la necesidad de disponer de una regulación adecuada, racional y urgente de los procesos de reinternalización de los servicios públicos, y en especial los de remunicipalización, para evitar la inseguridad jurídica en la que se están desenvolviendo.

Los autores del Manual son Eulalio Ávila Cano, Secretario e Interventor-Tesorero de Administración Local de Categoría Superior; Valentín Merino Estrada, Doctor en Derecho y Secretario de Administración Local de Categoría Superior, y Pilar Ortega Jiménez, Interventora-Tesorera de Administración Local de Categoría Superior. Además se ha contado con la documentación aportada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y el apoyo constante de la Red Agua Pública.

ISBN: 978-84-09-14977-3

Una versión digital de esta obra está disponible en:
htpps://www.aeopas.org