



Roj: **STS 2609/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2609**

Id Cendoj: **28079130032022100123**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/06/2022**

Nº de Recurso: **4474/2020**

Nº de Resolución: **844/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 419/2020,**  
**ATS 4681/2021,**  
**STS 2609/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 844/2022**

Fecha de sentencia: 29/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4474/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 4474/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 844/2022**

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 29 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4474/2020, interpuesto por FCC Aqualia, S.A, representada por la procuradora D.ª María Dolores García García y bajo la dirección letrada de D. Diego Pablo Castillo Guijarro, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 9 de junio de 2020 en el recurso contencioso-administrativo número 164/2019. Son partes recurridas el Consorcio para la Gestión de Servicios Medioambientales de la Provincia de Badajoz (PROMEDIO) y el Ayuntamiento de Villalba de los Barros, representados por el procurador D. José Luis Riesco Martínez y bajo la dirección letrada de D. Francisco Casado Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia de fecha 9 de junio de 2020, desestimatoria del recurso promovido por FCC Aqualia, S.A. contra la resolución 2/2019 de la Comisión Jurídica de Extremadura de 24 de enero de 2019, por la que se desestimaba el recurso especial en materia de contratación que la demandante había interpuesto frente a las siguientes actuaciones administrativas: el acuerdo de 12 de septiembre de 2018 adoptado por el pleno del Ayuntamiento de Villalba de los Barros de aprobación definitiva del convenio entre dicho ayuntamiento y el Consorcio para la Gestión de Servicios Medioambientales de la Provincia de Badajoz (PROMEDIO) para la prestación de los servicios del ciclo integral del agua, la formalización del referido convenio y la posterior adjudicación del servicio a la empresa Aquanex Servicios Domiciliario del Agua de Extremadura, S.A.

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 1 de septiembre de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 9 de junio de 2020 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar:

(i) si la competencia o la gestión de la prestación del servicio público de abastecimiento y distribución de agua de un municipio, definido como ciclo integral del agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio en un Consorcio provincial constituido al amparo de los artículos 26.2 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local, 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, y 30 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local;

(ii) si ese Consorcio puede integrar o no una forma de cooperación vertical u horizontal entre entidades del sector público, y

(iii) si la adjudicación de ese servicio público, realizada por el citado Consorcio, está sujeta o no a la legislación de contratos.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en: los artículos 6.1, 31.1.b) y 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; artículos 25.2 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local y artículos 8 y 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público; y artículo 105.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, hoy derogado, pero sustituido por los vigentes 204 y 285 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**CUARTO.-** A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación y posterior de subsanación, en el que ha presentado escrito el correspondiente escrito articulando los siguientes motivos:



1º) infracción de lo dispuesto en el artículo 25.2 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local y artículo 8 y 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, en relación con lo dispuesto en los artículos 36 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local;

2º) infracción de los artículos 6.1. y 31.1.b) de la 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, también infringidas, esencialmente, en su artículo 33, así como la jurisprudencia europea existente sobre esta materia, entre las que destacan la sentencia Coditel y las sentencias de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, Comisión/Alemania), la de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Proncia di Lecce y otros) y la más reciente sentencia de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11 Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y otros), todo ello en relación con la elusión o inaplicación de lo dispuesto en los artículos 1 en cuanto al ámbito y objeto de la ley, 116 y siguientes en cuanto al procedimiento de preparación para la adjudicación de los contratos, 156 y siguientes en cuanto al procedimiento abierto de licitación del contrato y 284 y siguientes, en cuanto a las normas específicas del contrato de concesión de servicios, todos ellos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público;

3º) infracción de lo dispuesto en el artículo 32 de la 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, también infringidas, en el artículo 32 de la segunda de ellas, así como la jurisprudencia europea sobre la materia, entre las que destaca la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98 Sentencia Teckal), precursora de la doctrina "in house providing", luego recogidas en las dos directivas habidas sobre contratación pública, la Directiva 2004/18/CE y la ya mencionada, y hoy vigente, Directiva 2014/24/UE, en su artículo 32, en relación con la elusión o inaplicación de lo dispuesto en los artículos 1 en cuanto al ámbito y objeto de la ley, 116 y siguientes en cuanto al procedimiento de preparación para la adjudicación de los contratos, 156 y siguientes en cuanto al procedimiento abierto de licitación del contrato y 284 y siguientes, en cuanto a las normas específicas del contrato de concesión de servicios, todos ellos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y

4º) infracción, por absoluta inaplicación, del artículo 105.2 y 106 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, hoy derogado, pero sustituido por los vigentes 204 y 285 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el también conculcado artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución Española.

Solicita en el escrito que se dicte sentencia por la que, con estimación del mismo case y anula la recurrida, estimando el recurso contencioso administrativo en los términos interesados en el suplico de la demanda.

**QUINTO.-** Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se desestime el recurso de casación, declarando no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la recurrente.

**SEXTO.-** No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 4 de marzo de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 31 de mayo del mismo año, habiendo continuado la deliberación del mismo hasta el 21 de junio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Objeto y planteamiento del recurso.

La compañía mercantil FCC Aqualia, S.A. impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 9 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en materia de contratación pública. La sentencia recurrida desestimó el recurso que la citada compañía había entablado contra la resolución de la Comisión jurídica de Extremadura que desestimó el recurso administrativo contra el convenio suscrito entre el Consorcio PROMEDIO y el Ayuntamiento de Villalba de los Barros, formalizado el 19 de septiembre de 2018 y la modificación del contrato de servicios con la empresa Aquanex para la incorporación al mismo del citado Ayuntamiento.

El recurso fue admitido por Auto de esta Sala de 15 de abril de 2021 que declaró de interés casacional las cuestiones que se han reseñado en los antecedentes y que pueden sintetizarse en determinar si la prestación del servicio de abastecimiento y distribución de agua de un municipio puede ser cedida o delegada en un consorcio provincial, si ese consorcio puede considerarse una forma de cooperación vertical u horizontal entre



entidades del sector público y si la adjudicación del citado servicio público realizada por el consorcio puede efectuarse mediante modificación de un contrato anterior o debe sujetarse en todo caso a nueva adjudicación.

La entidad recurrente considera que el Consorcio PROMEDIO no se ajusta a la definición legal prevista para el consorcio entre entidades del sector público; que dicho consorcio no constituye una forma de cooperación entre tales entidades ni horizontal ni vertical; y que la adjudicación del referido servicio de abastecimiento y distribución de agua no podía efectuarse mediante modificación de un contrato previo, sino que está en todo caso sujeta a la normativa de contratación pública. El Ayuntamiento de Villalba de los Barros y la Diputación Provincial de Badajoz, partes codemandadas, instan la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.-** Sobre los hechos que dan pie al presente recurso.

El presente litigio se debe a la oposición de la mercantil recurrente a que el Consorcio PROMEDIO para la Gestión de Servicios Medioambientales de la provincia de Badajoz, que agrupaba a la Diputación Provincial y a los municipios de la provincia, entre ellos el propio Villalba de los Barrios, asumiese la prestación del servicio de agua domiciliar en el Ayuntamiento de Villalba de los Barros como ya venía haciéndolo con otros 25 municipios.

La sentencia de instancia resume los antecedentes en los siguientes términos:

" **SEGUNDO.-** El Ayuntamiento de Villalba de los Barros, venía gestionando directamente la prestación del servicio público de agua potable domiciliar en la localidad, a excepción de actividades residuales que, por contrato de servicio, prestaba la hoy recurrente. Ello hasta que dada la escasez de medios del Ayuntamiento, consideró conveniente delegar en Promedio la prestación del servicio. Del Consorcio, Promedio, formaba parte el Ayuntamiento de Villalba, desde el año 2005, y suscribió el convenio con fecha 18 de septiembre de 2018.

En el año 2013 se aprobó el expediente de abastecimiento de agua potable en baja a 25 municipios de la provincia de Badajoz, cuya licitación se efectuó mediante procedimiento abierto. En tal procedimiento, tras los informes jurídicos y económicos preceptivos, se publicó con fecha 20 de diciembre de 2013 el correspondiente anuncio de licitación en el BOP de Badajoz y en el perfil del contratante, y tras la participación de varias empresas entre las que se encontraba la hoy actora, se adjudicó a Aquanex.

En su cláusula nº 38 se establecía la posibilidad de modificación del contrato en los supuestos entre otros, de incorporación de nuevos municipios al servicio de abastecimiento de agua potable

Cuando se produce la incorporación del Ayuntamiento de Villalba al Consorcio, se produce la modificación del contrato, y se inicia procedimiento para que Aquanex, que era el adjudicatario del Servicio de abastecimiento de aguas a los 25 municipios, se hiciera cargo del de Villalba. Es decir se modifica es el contrato con Aquanex para que incluyera en su contrato a la localidad de Villalba de los Barros." (fundamento de derecho segundo)

El Pleno del Ayuntamiento de Villalba de los Barros aprobó definitivamente el convenio con el Consorcio PROMEDIO para la gestión del servicio de agua por resolución de 12 de septiembre de 2018, convenio que se formalizó entre ambos contratantes el 19 de septiembre inmediato. Seguidamente el 31 de octubre el Consorcio PROMEDIO acordó la modificación del contrato que tenía con la empresa Aquanex para la prestación del servicio de agua a 25 ayuntamientos de la provincia para hacerse cargo igualmente del servicio del ciclo integral del agua de Villalba de los Barros. La empresa FCC Aqualia impugnó dichos acuerdos ante la Comisión Jurídica de Extremadura, que desestimó el recurso administrativo por resolución de 24 de enero de 2019. Y el presente recurso contencioso administrativo se dirige contra todos los acuerdos que se han relacionado.

**TERCERO.-** Sobre el consorcio entre entidades de derecho público.

La razón de fondo que formula la empresa recurrente en los tres primeros fundamentos de derecho es que el Consorcio PROMEDIO no se ajusta al perfil legal de los consorcios entre entidades públicas establecido en el artículo 118 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre) y que en consecuencia no podía asumir el servicio integral del agua del Ayuntamiento de Villalba de los Barros, servicio que debía haber sido sometido a concurso bajo la normativa de contratación pública. La recurrente alega que el Consorcio PROMEDIO carece de un elemento esencial como lo es la existencia de un interés común a todos sus miembros (fundamento primero de la demanda) y que no puede considerarse un supuesto de colaboración horizontal o vertical entre entidades de derecho público (fundamentos segundo y tercero respectivamente). Veamos tales alegaciones.

a. Sobre la existencia de un interés común a todos los miembros del consorcio.

Sostiene la empresa recurrente que se han infringido los artículos 25.2 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL, Ley 7/1984 de 2 de abril) y los artículos 8 y 118 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre) en relación con lo dispuesto en los artículos 36 y 57 de la citada Ley de Bases del Régimen Local.



Los artículos 25.2 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local enumeran las competencias propias de los municipios ( art. 25.2) y los servicios que en todo caso deben prestar ( art. 26). Los artículos 8 y 118 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público se refieren a las competencias de los órganos administrativos ( art. 8) y el régimen Jurídico de los consorcios ( art. 118); finalmente, los 36 y 57 de la LBRL versan sobre las competencias de las Diputaciones (art. 36) y la cooperación entre la Administración local y las Administraciones estatal y autonómicas mediante convenios y consorcios (art. 57).

Como la argumentación de la parte para entender vulnerados los artículos mencionados es que el Ayuntamiento ha cedido de forma contraria a derecho un servicio como el del agua, que es competencia suya y de prestación obligada, a un consorcio entre Diputación y Ayuntamientos que no se ajusta a la definición legal de consorcio, el precepto en definitiva relevante en esta queja es el artículo 118 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que define la figura del consorcio, pues la vulneración de todos los demás sería en definitiva consecuencia de tal infracción. El precepto tiene el siguiente tenor literal:

" **Artículo 118.** *Definición y actividades propias.*

1. Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.
2. Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes.
3. Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.
4. En la denominación de los consorcios deberá figurar necesariamente la indicación "consorcio" o su abreviatura "C".

Según la parte recurrente el Consorcio PROMEDIO no se ajusta a las exigencias del precepto que se acaba de reproducir porque la prestación del servicio de agua de cada ayuntamiento no es de interés común de todos los integrantes, la Diputación y todos los municipios integrados en el consorcio, sino sólo afecta a la Diputación, por sus funciones de coordinación, asesoramiento o asistencia técnica, y a cada uno de los Ayuntamientos. Así, sostiene que el servicio de agua es distinto e independiente en cada municipio de forma que los Ayuntamientos son ajenos al servicio municipal de agua de los restantes municipios y no ostentan interés alguno en el mismo, sino más bien "intereses contrarios o, al menos, incompatibles entres si en términos de eficiencia de los servicios".

La parte justifica su afirmación señalando que no se han aportado estudios de eficiencia y que no se podrían establecer tarifas provinciales siendo el servicio de agua de cada Ayuntamiento único, exclusivo e independiente de los otros. Afirma también que se infringiría el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, al hacer uso de la posibilidad de colaboración en la gestión con la Diputación Provincial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la propia LBRL, en vez de optar por la gestión directa por el propio ayuntamiento. Asimismo, sostiene que las competencias atribuidas a la Diputación Provincial son ejemplos de servicios que pueden ser objeto de prestación coordinada, como los de incendios o de recogida de residuos urbanos que sí son de interés común de todos los municipios de una provincia. Por otra parte, en la solución adoptada, PROMEDIO parece asumir todas las facultades y competencia sobre un servicio público que es de prestación obligatoria por parte del Ayuntamiento.

En definitiva, concluye que un consorcio de entidades locales no puede constituirse respecto de un servicio municipal que no es de interés común de todos sus miembros, ni puede asumir las competencias municipales sobre un servicio de prestación obligada por parte del Ayuntamiento.

No puede aceptarse la interpretación que efectúa la parte al afirmar que la prestación del servicio integral del agua de cada ayuntamiento no puede considerarse de interés común a los restantes ayuntamientos de la provincia, sino tan solo al propio ayuntamiento y a la Diputación provincial, en virtud de sus competencias de asistencia y colaboración con los municipios. Antes al contrario, esta Sala considera que la prestación del citado servicio de agua en los ayuntamientos provinciales es un servicio que puede calificarse de interés común a todos ellos, pues la intervención de la Diputación en virtud de las referidas competencias de asistencia y coordinación puede redundar en una mayor eficiencia en la prestación del servicio a la generalidad de los ayuntamientos, en economías de escala, en la posibilidad de abordar infraestructuras o instalaciones de uso común para varios de los Ayuntamientos y, en general, de cualquier forma en que la asunción centralizada y coordinada de dicho servicio pueda redundar en beneficio de una mejor prestación del mismo. Con ello se



cumple también la exigencia del artículo 57 de la LBRL de que la constitución de un consorcio responda a razones de eficiencia económica.

En contra de lo que sostiene la empresa recurrente, a ello no obsta que el servicio de agua sea individualizado en cada ayuntamiento, pues tal circunstancia no excluye las posibles ventajas que se han mencionado. Y basta la razonable posibilidad de que la asunción por la Diputación Provincial del servicio para su prestación directa o indirecta pueda generar tales beneficios para poder afirmar sin género de dudas que la prestación del servicio de agua es de interés común para todos los municipios que integran el Consorcio PROMEDIO. Así pues, no es imprescindible para considerar que el servicio de agua es de interés común acreditar mediante estudios específicos que se va a producir un beneficio tangible y concreto para cada municipio. Basta, como se ha indicado, que el análisis racional y el sentido de lo razonable evidencien las ventajas antes señaladas para poder afirmar que todos los ayuntamientos tienen un interés común, junto con la Diputación, en la mejor y más eficiente prestación del servicio de agua en todos ellos. Es, sin duda contrario al buen sentido sostener que un ayuntamiento de la provincia carece de cualquier interés en la adecuada prestación del servicio de agua en los demás ayuntamientos o que la coordinación proporcionada por un consorcio que asuma el servicio en varios ayuntamientos no va a beneficiar al conjunto de ellos. Por el contrario, es de interés para todos ellos que los demás ayuntamientos tengan la mejor gestión del servicio, pues lo contrario sólo redundaría en la posibilidad de eventuales problemas con posible repercusión en los restantes municipios.

Debemos concluir, en suma, que la prestación del servicio integral del agua en los diversos ayuntamientos de la provincia es de interés para todos ellos y para la Diputación Provincial, por lo que el Consorcio PROMEDIO cumple con el requisito contemplado en el artículo 118.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de que tengo por objeto el desarrollo de actividades de interés común de sus miembros. Por último, el que el servicio del agua sea de prestación obligada por parte del Ayuntamiento no excluye que la gestión sea en cualquiera de las formas directa o indirecta contempladas en la Ley de Bases de Régimen Local, tal como se cita por la propia recurrente, sin que se advierta argumento obstativo alguno respecto a la encomienda de tal gestión a un consorcio de entidades públicas y luego a su licitación contractual, como ha sucedido en el caso de autos.

b. Sobre la existencia de cooperación horizontal o vertical.

La mercantil recurrente dedica los fundamentos segundo y tercero de la demanda a rechazar que el Consorcio PROMEDIO pueda constituir un supuesto de colaboración horizontal o vertical de entidades públicas. De esa manera trata de demostrar que se habrían incumplido los numerosos preceptos legales y la jurisprudencia europea que invoca contra la posibilidad de acometer la colaboración entre administraciones públicas dejando al margen la normativa sobre contratación pública. Como vamos a ver, una vez rechazado el argumento opuesto por la empresa recurrente a que el Consorcio PROMEDIO se ajuste a la definición legal contenida en el artículo 118 de la LCSP, estos alegatos no pueden prosperar.

La Comisión Jurídica de Extremadura había rechazado, en efecto, en su resolución de 24 de enero de 2019, coincidiendo en ello con Aqualia en su recurso administrativo, que se tratase de un supuesto de encomienda a un medio propio por parte del Ayuntamiento. Este organismo acepta en cambio la postura del Ayuntamiento de que el convenio con PROMEDIO articula una forma de cooperación horizontal exento de la Ley de Contratos del Sector Público. Así, afirma:

"Por ello, estima este órgano que concurren las notas que permiten atribuir al convenio formalizado el carácter de una cooperación horizontal real con el objetivo común de garantizar el desempeño de una tarea de servicio público -el abastecimiento de agua potable a la población-, competencia de titularidad municipal, cuya realización compete a todas las partes cooperantes, al haber asumido PROMEDIO, en virtud de sus estatutos y por aplicación de la normativa en materia local, la gestión de dicha función pública, sin olvidar que la Directiva 2014/24/UE no exige que las tareas o funciones a desempeñar por cada entidad deban ser necesariamente idénticas, pudiendo ser complementarias. Además, el convenio atiende a razones de interés público -la mayor calidad, eficacia y eficiencia en la prestación del servicio-, y si bien se establecen ingresos a favor de PROMEDIO estos no se contemplan como retribución lucrativa, sino que hacen referencia al reembolso de los costes reales del servicio y para el caso de superávit deben revertir en la mejora del servicio, sin que por otra parte, ninguno de los intervinientes desarrollen actividades de mercado en el marco de la cooperación, lo que nos lleva a concluir la exclusión del referido convenio del ámbito de la contratación pública, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.1.b) en relación con el artículo 6.1 de la LCSP, y por ende, del conocimiento por parte de este órgano del resto de cuestiones suscitadas en el recurso.

Es más, a través de dicho convenio parece articularse una asunción de competencias municipales por parte de PROMEDIO y una traslación de responsabilidades en la prestación del servicio por el Ayuntamiento de Villalba de los Barros. En este sentido, PROMEDIO asume, entre otros compromisos, el ejercicio de las potestades



inherentes a los servicios públicos objeto del convenio y se subroga en las obligaciones municipales en lo concerniente al pago del coste del servicio. Igualmente se contempla la derogación de la ordenanza municipal que regule las tasas, precios públicos o precios intervenidos relacionados con estos servicios y la aplicación de la tarifa que contemple una ordenanza fiscal provincial y se prevé que para abordar con eficiencia y operatividad las actuaciones derivadas del convenio PROMEDIO puede valerse de los instrumentos y modalidades de gestión que la Ley le permita, pudiendo acometerlas de forma directa o indirecta. En este sentido la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 1.6, dispone que " *Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva*". El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, matiza que " *tal transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas sólo existe si se refiere a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera*".

Todas estas previsiones del convenio, que según la recurrente, dotan a PROMEDIO de " *prebendas y privilegios en la gestión de un servicio*" que hacen que " *el Ayuntamiento, de facto y de iure, pierde absolutamente cualquier control sobre el servicio que delega a este ente*", son las que nos conducen a considerar, junto con las consideraciones efectuadas dos párrafos más arriba, que no resulta de aplicación al caso analizado la normativa de contratación pública.

Por lo demás, y en relación con la crítica que efectúa la recurrente a la posibilidad que articula el convenio de externalización de aquellas actividades que por su carácter técnico puedan ser gestionadas por operadores privados, se quiere señalar, en consonancia con lo ya apuntado al respecto de la traslación de responsabilidades que se opera en el convenio, que, a juicio de este órgano, la intervención de un tercero para realizar alguna prestación de forma indirecta en el marco de la cooperación, no hace que esta se sujete, sin más, a la normativa de contratación pública. En el convenio formalizado se contempla que se seguirán para ello los instrumentos y modalidades de gestión que la Ley le permita, lo que exigiría, en su caso, una licitación abierta a los distintos operadores del mercado en condiciones de igualdad, ajustándose a la LCSP, sin que por ello, estima este órgano, ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores."

Por su parte, la sentencia impugnada, pese a manifestar que de acuerdo con lo decidido en un caso anterior entiende que se trata de la encomienda a un medio propio ( *in house providing*), acepta también la decisión alternativa de la Comisión Jurídica de Extremadura, y concluye que en cualquier caso, quedaría sin aplicación la normativa de contratación pública:

"[...] En definitiva, de todo lo expuesto cabe colegir que dado que Promedio es un Consorcio formado por entidades públicas locales, cuya finalidad precisamente es la de gestionar servicios como el que nos ocupa y dado además que de ese consorcio forma parte el propio Ayuntamiento quien por tanto también posee decisiones no sólo como Entidad que presta el servicio sino en el organismo que lo presta. Decimos que dado todo ello, no vemos óbice para que una entidad pública acuda a otra con el fin de gestionar un servicio de su competencia, máxime cuando se realiza a través de fórmulas administrativas previstas en la legislación, bien sean Convenios, Encomiendas de gestión, etc. De lo hasta aquí expuesto y entendiendo que no existe ningún fraude y que el modo de gestión posee cobijo en la contratación "in house providing" la consecuencia no debe ser otra que la de desestimar el recurso por los motivos expuestos.

Este Tribunal está de acuerdo con los razonamientos de la Resolución recurrida y que nos hallamos ante un convenio bien para ejecución con medio propio o colaboración horizontal, y está excluido de la Ley de Contratos, que ya en la sentencia anteriormente citada, fue avalada su legalidad, y dando por reproducidos los fundamentos de la Resolución recurrida, se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Unión Europea, para excluir del ámbito de la contratación pública a tales convenios que articulen relaciones de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, y en definitiva se presta un servicio público, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31,1,b de la LEY de CSP en relación con el 6 no resulta aplicable la normativa sobre contratación pública, con lo que las alegaciones de la actora al efectos de nulidad y anulabilidad del procedimiento por causas derivadas de incumplimientos regulados en la LCSP, resultan desestimadas.

Y siendo ello así damos por reproducidas las fundamentaciones de la Resolución recurrida, que consideramos ajustada a derecho por cuanto y esencialmente las previsiones del convenio dotan a PROMEDIO de privilegios que hacen que el Ayuntamiento pierda cualquier control sobre el servicio que delega a PROMEDIO lo que implica que no le resulta de aplicación la normativa sobre contratación pública, y por ello el recurso interpuesto



en materia de contratación es inadmisibile, aun en el supuesto de la intervención de tercero para alguna actividad o prestación indirecta." (fundamento de derecho tercero *in fine*)

Frente a estas posiciones la recurrente rechaza que se trate de un supuesto de cooperación horizontal o vertical, y considera que hubiera sido obligado en todo caso la aplicación de la normativa de contratación pública.

Sin embargo, una vez rechazado el argumento ofrecido por la empresa recurrente de que faltaba el interés común a todos los integrantes del Consorcio PROMEDIO, no cabe duda de que dicha entidad se ajusta a la definición legal dada por el artículo 118 de la LCSP reproducido *supra*, siendo los consorcios entre administraciones públicas una forma paradigmática de cooperación horizontal, tal como se prevé asimismo en el artículo 57 de la Ley de Bases del Régimen Local. Nos encontramos, por tanto, en el caso de autos ante un supuesto de cooperación horizontal excluida de la contratación pública tanto en derecho comunitario como en derecho nacional, tal como se recoge en los párrafos reproducidos de la resolución administrativa impugnada en la instancia y en la sentencia recurrida en casación, que es por ello conforme a derecho. Debemos pues desestimar los fundamentos segundo y tercero de la demanda, sin necesidad de examinar si pudiera entenderse también aplicable la figura de cooperación vertical como sostiene la Sala de instancia.

**CUARTO.-** Sobre la incorporación del Consorcio PROMEDIO al contrato de prestación de servicio integral del agua.

La empresa recurrente discute en el cuarto y último fundamento de derecho la modificación contractual efectuada por PROMEDIO para incorporar al Ayuntamiento de Villalba de los Barros a la concesión otorgada en 2013 a la empresa Aquanex para la gestión del agua en veinticinco municipios de la zona, modificación también recurrida en la instancia y desestimada por la sentencia impugnada en casación. La recurrente aduce que la sentencia impugnada se limita a asumir la decisión de la Comisión Jurídica de Extremadura, sin analizar la forma en que el servicio ha sido adjudicado a Aquanex, que fue mediante la modificación de un contrato vigente para otros servicios ajenos al litigioso, el cual no fue siquiera pensado en los actos preparatorios de dicho contrato. La recurrente viene a defender en definitiva que la adjudicación servicio de agua de Villalba de los Barros debía haberse adjudicado de figura independiente y con sujeción a la normativa de contratación administrativa pública, no mediante la modificación del contrato existente entre el Consorcio PROMEDIO y la empresa Aquanex.

Sin embargo, el análisis que la recurrente echa en falta conduce a la desestimación de su impugnación. La adjudicación del contrato referido a la prestación del servicio de agua a veinticinco municipios de la provincia, entre los que no se encontraba Villalba de los Barros, se produjo en 2013 por parte del Consorcio PROMEDIO a la empresa Aquanex. En dicha licitación participó la ahora recurrente Aqualia.

Pues bien, aun siendo cierto que el contrato se refería sólo a los veinticinco ayuntamientos que expresamente se enumeraban en el contrato, el caso es que el artículo 38 del pliego de cláusulas administrativas del mismo contemplaba los supuestos de modificación del mismo en los siguientes términos:

**" Cláusula 38.- Modificación**

1.- De conformidad con lo establecido en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, podrá acordarse la modificación del contrato en los siguientes supuestos (sin perjuicio de los supuestos expresamente previstos en el artículo 107):

a) Incorporación de nuevos Municipios al Servicio de Abastecimiento de Agua Potable del Consorcio de Gestión Medioambiental PROMEDIO.

b) Disgregación de Municipios del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable del Consorcio de Gestión Medioambiental PROMEDIO.

2.- Dichas modificaciones no podrán realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias, de ampliar el objeto del contrato para cumplir finalidades nuevas o de incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

3.- El porcentaje máximo del precio del contrato al que pueden afectar las diversas modificaciones es del 90%.

4.- El procedimiento para la tramitación del expediente de modificación será el siguiente:

- Propuesta de la Administración o petición del contratista.

- Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.

- Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.





- Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.
- Formalización de la modificación, incorporándose como Anexo del contrato inicial.

### 38.1.- Modificación por disgregación de un municipio

[...]"

Como puede comprobarse, el apartado 1.a del precepto contempla expresamente la eventual modificación del contrato precisamente para la incorporación de nuevos municipios al servicio de abastecimiento de agua potable por parte de PROMEDIO. Y siendo una cláusula contractual, quiere decir que los concursantes como la ahora recurrente eran perfectamente conocedores de la misma y de que en el futuro dicho contrato quedaba abierto a la incorporación de otros municipios.

A pesar de los esfuerzos argumentales de la recurrente, tal previsión invalida su impugnación de la adjudicación del servicio de agua del Villalba de los Barros a PROMEDIO. Los artículos 105 y 106 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigentes en el momento en que se adjudicó el contrato contemplan expresamente la posibilidad de modificación de un contrato público cuando así esté previsto en los pliegos del mismo, como es manifiestamente el caso. La previsión de adición de un nuevo municipio, que es el supuesto de hecho para la modificación, es inequívoca, sin que quepa oponer que no se prevé de forma determinable la adición de un municipio por no serlo las condiciones de la prestación futura. La actora interpreta de forma errónea las exigencias de los artículos citados en el sentido de que los pliegos del contrato debieran contemplar las exactas condiciones de la prestación del servicio de agua en el nuevo ayuntamiento que originase la modificación del contrato. Tal interpretación es excesiva. La cláusula del pliego previendo la modificación del contrato por la incorporación de nuevos municipios es clara y precisa, cumpliéndose así la exigencia del artículo 105.1 y del primer párrafo del artículo 106 en cuanto a que los contratos del sector público sólo pueden modificarse cuando así se prevé en los pliegos de los mismos.

Y en lo que respecta a la alteración del contenido del contrato, siendo este la prestación del servicio de agua a veinticinco ayuntamientos, la incorporación de otro municipio más no supone adicionar prestaciones complementarias no contempladas en las previstas inicialmente en el contrato. En efecto, en el caso de autos no puede equipararse la ampliación de ámbito subjetivo a otro ayuntamiento con las modificaciones excluidas por los artículos 105.2 y 106 de la Ley de Contratos del Sector Público aplicables al contrato suscrito en 2013 así como a su modificación efectuada ya en 2018 ( Disposición transitoria primera.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la nueva normativa sobre contratación pública). Dichos preceptos tienen el siguiente tenor literal:

#### " **Artículo 105.** *Supuestos.*

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).

#### **Artículo 106.** *Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.*

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración



a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas."

La modificación contemplada en el pliego de condiciones del contrato acordado entre PROMEDIO y los veinticinco ayuntamientos que lo suscribieron de inicio, no supone "adicionar prestaciones complementarias" al suministro de agua a dichos municipios, sino ejecutar la misma prestación contemplada en el contrato en otro ayuntamiento. Y tampoco se amplía el objeto del contrato "a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria" del contrato, pues la prestación al nuevo ayuntamiento es exactamente la misma que la contemplada para los municipios iniciales, no constituye una nueva finalidad del contrato. Finalmente, esta Sala interpreta que tampoco se trata de "incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente", inciso que presupone que se trata de una prestación distinta a la prevista en el contrato. Sin duda, sería posible hacer una licitación nueva e independiente para asumir el suministro de agua a otro ayuntamiento, pero el inciso que comentamos no la hacía preceptiva, pues el mismo se refiere a añadir una prestación distinta a la prevista en el contrato (susceptible de utilización o aprovechamiento independiente respecto a ella) y que, por tanto, es lógico someterla a una licitación distinta.

Finalmente, la modificación consistente en incorporar al contrato existente la prestación del servicio de agua a otro ayuntamiento cumple con las precisiones que se especifican en el primer párrafo del artículo 106, ya que la posibilidad de tal modificación se ha previsto expresamente en el contrato y al consistir en una ampliación subjetiva, no en una modificación de la prestación, el supuesto de hecho está perfectamente delimitado, pues consiste en la voluntad conjunta del consorcio y del nuevo ayuntamiento en que aquél asuma la prestación del servicio de abastecimiento de agua de éste en los mismos términos en que se acordó con los ayuntamientos contratantes originarios.

**QUINTO.**- Sobre la doctrina de interés casacional.

A tenor de la interpretación de las normas efectuada para la resolución del litigio planteado, hemos de contestar a la primera cuestión de interés casacional en el sentido de la competencia o la gestión del servicio público de abastecimiento de agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio a un consorcio provincial integrado por la Diputación Provincial y ayuntamientos de la provincia.

Que, efectivamente, ese consorcio puede constituir una forma de cooperación horizontal o vertical entre entidades del sector público, dependiendo la concreta modalidad de cooperación de las circunstancias y condiciones que concurran en el convenio que se celebre en dichas entidades públicas.

Finalmente, y respecto a la adjudicación de dicho servicio por parte de un consorcio formado por entidades de carácter público estaría en principio sujeta a la legislación de contratación pública cuando dicha adjudicación sea mediante pública licitación a una empresa ajena, como sucedió en el caso de autos en el que el Consorcio PROMEDIO lo sometió a público concurso que fue ganado por la empresa aquí codemandada Aquanex. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad que dicho consorcio de entidades del sector público pudiera asumir la prestación del servicio con el empleo de medios propios.

**SEXTO.**- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto no ha lugar al recurso de casación interpuesto por FCC Aqualia, S.A. contra la sentencia de 9 de junio de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 93.4 no se hace especial pronunciamiento de costas en la casación, quedando las de instancia en los términos estipulados en la sentencia recurrida.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por FCC Aqualia, S.A. contra la sentencia de 9 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso contencioso-administrativo número 164/2019.
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. No imponer las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.