



AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL

Asesoría Jurídica

Ref.: VAR. 1-16 (G.D. SER.MUN.)

## INFORME JURÍDICO

**Asunto:** GESTION DIRECTA DE SERVICIOS MUNICIPALES EN DETERMINADOS CASOS EN LOS QUE EL AYUNTAMIENTO, HABIÉNDOSE SERVIDO PARA SU PRESTACIÓN DE LA MODALIDAD "CONTRATO DE SERVICIOS" DE LA LEY CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (TRLCSP), DECLINA DE LA MISMA POR RAZON DE EFICIENCIA: GESTION POR LA PROPIA ENTIDAD *VERSUS* ENCOMIENDA A LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL EXISTENTE.

El funcionario que suscribe, a requerimiento verbal del Ilmo. Sr. Primer Teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Economía y Hacienda, Contratación, emite el siguiente informe sobre el asunto referenciado:

I.- El Art. 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en lo sucesivo), atribuye al municipio la potestad de "autoorganización".

El ejercicio del conjunto de facultades que esta potestad confiere al órgano municipal competente, en lo que se refiere a la vertiente de estructuración de la prestación de los servicios públicos municipales con arreglo a las modalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, está sujeto al interés público (Art. 103.1 de la Constitución; Art. 3.1 de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.).

Este interés general en la actividad de prestación de servicios públicos está en la consecución de la eficacia, tanto en el aspecto de la eficacia administrativa propiamente dicha, como en su lado presupuestario-económico (principio de eficiencia, Art. 31.2 de la Constitución). La Administración debe ser eficaz con el menor coste posible.

Conjugado ello con el Art. 85.2 de la LRBRL, gestión de los servicios públicos de la competencia local en la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas, implica que no se reconoce discrecionalidad o libertad de opción entre las modalidades que relaciona.



El mencionado Art. 85 de la LRBRL establece los condicionantes o límites a cumplir para adoptar la decisión de elección de la modalidad más conveniente de gestión de los servicios públicos municipales.

II.- El Art. 85.2 de la LRBRL dice que *“los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente”* de entre las que enumera, directas e indirectas.

Entre las formas de gestión directa contempla la gestión por la propia Entidad Local (apartado 2, letra a) y por sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública (el mismo apartado, letra d).

Después de enumerar las formas de gestión directa, añade que *“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.”* (el subrayado y negrita es de este informe para resaltarlo).

A la vista de estos condicionantes, el primer requisito a cumplir cuando se pretenda optar, para el servicio que se trate, por la gestión directa a través de la sociedad mercantil municipal, es acreditar que resulta más sostenible y eficiente que la gestión por el propio Ayuntamiento, con arreglo a los criterios que detalla. Para ello entre otras cuestiones, **deberá valorarse el coste del servicio, lo que incluye obviamente los recursos humanos y medios materiales necesarios para realizar la prestación del servicio.**

En el expediente a elevar al Pleno para su aprobación, según este precepto, se incorporará la memora justificativa del asesoramiento recibido, incorporando los informes sobre el coste del servicio y del apoyo técnico recibido, exigiendo que sean publicitados. Igualmente, debe incorporarse informe del Interventor, valorando la sostenibilidad financiera de las propuestas de conformidad con el Art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.



Si de este expediente se desprende que el servicio de que se trate, su prestación directa a través de la sociedad mercantil municipal es más sostenible y eficiente en los términos indicados que la gestión directa por la propia entidad, podrá encomendarse su gestión o trabajos concretos de esta gestión a la repetida mercantil municipal.

En cualquier caso, con independencia de la forma de gestión que se decida, debe tenerse en cuenta la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden exclusivamente a funcionarios públicos.

III.- Si la gestión directa del servicio que se trate, resultara más sostenible y eficiente a través de la sociedad mercantil municipal, posteriormente para encomendarle la gestión habrá que estar a su normativa específica, esto es Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y Estatutos de la sociedad mercantil municipal (empresa municipal de servicios, antes Emusvi).

El Art. 4.1 n) del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de esta Ley "los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación", aunque los contratos que celebren estas entidades de medio propio y servicio técnico para realizar las prestaciones encargadas queden sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público en los términos que regula la misma.

También el Art. 8.2 del TRLCSP excluye la aplicación de las disposiciones del contrato de gestión del servicio público, cuando la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado, de capital total público.

Por su parte el Art. 24.6 del TRLCSP establece que:

*"A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos*



*de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

La empresa municipal existente es sociedad mercantil de capital exclusivo municipal, además *“medio propio instrumental y servicio técnico”* del Ayuntamiento, pudiendo recibir de éste encomiendas y encargos sobre cualquier tipo de prestación, ya sea obra, gestión de servicio público, servicio, incluso de suministro (Art. 2 de sus Estatutos), dentro de las competencias municipales. Asimismo, como sociedad instrumental de *“servicio público”* puede gestionar el servicio público que el Ayuntamiento decida en cada caso, adoptando esta modalidad organizativa de gestión, dentro de los contemplados en relación con las competencias municipales del Art. 25 de la LRBRL y servicios obligatorios del Art. 26 de la repetida LRBRL. Todo ello siempre que no suponga ejercicio de autoridad.

De encomendarse por el Ayuntamiento la gestión de servicio municipal o encargarse trabajos para la prestación del mismo a su instrumental sociedad mercantil local (empresa municipal de servicios, de capital exclusivo municipal), partiendo de que se haya acreditado previamente que sea más sostenible y eficiente que la gestión directa por la propia entidad, en este caso a la luz de lo comentado anteriormente, se cumplirían los tres requisitos fijados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los contrados denominados *in house*.

Doctrina del TJUE que permite efectuar encomiendas y encargos, no considerados contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia, cuando se cumplan los requisitos establecidos. A saber:

- A) Que se realice entre una entidad adjudicadora (en nuestro caso Ayuntamiento) y una entidad formalmente diferente sobre la cual ejerce



un control análogo al que efectúa sobre sus propios servicios (aquí, sociedad mercantil municipal).

- B) Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad que la controla.
- C) Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente público.

Como hemos referido, también esta sociedad mercantil municipal tiene recogido en sus Estatutos la condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento, pudiendo recibir de éste encomiendas y encargos sobre cualquier tipo de prestación de su competencia, y gestionar el servicio público municipal que aquél decida.

**IV.-** En cuanto al régimen jurídico de esta encomienda o encargo de gestión de servicio municipal a la empresa municipal, queda excluida la aplicación de la regulación de la "encomienda de gestión" contemplada en el Art. 15 de la LRJAPyPAC, por mor de su apartado 5:

*" El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo."*

Centrándonos en el régimen jurídico de aplicación en estos casos a la encomiendas conforme al TRLCSP (Art. 24.6), es de ejecución obligatoria para la encomendada y debe realizarse el encargo o encomienda conforme a las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante.

La retribución de la encomienda se hará conforme a las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento, (entidad pública de la que depende la encomendada).

La Ley no regula pormenorizadamente el régimen retributivo de los encargos, ni establece la obligatoriedad que sea en función de tarifas, aunque sea el régimen general. En cualquier caso, la retribución o tarifas que apruebe el órgano encomendante



debe tener presente el coste real de la ejecución y entiendo no puede ser superior al valor de mercado.

Conforme al Art. 4.2 del TRLCSP, los principios de esta ley se aplicarán para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Además, en determinados casos, también puede aplicarse analógicamente el TRLCSP.

En cuanto a publicidad y transparencia habrá que estar a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en concreto a su Art. 8.1.b) que ordena publicar las encomiendas de gestión, con indicación de su objeto, presupuesto, duración y demás extremos que indica.

En relación con el expediente administrativo del encargo de gestión, debe incorporar además del acuerdo de Pleno donde se evidencie el cumplimiento del Art. 85.2 de la LRBRL, en el sentido expuesto de ser más eficiente y sostenible que gestionarlo el propio Ayuntamiento, lo requerido por la normativa presupuestaria reguladora del gasto, así como las normas del TRLCSP de aplicación directa, supletoria o analógica, como el acuerdo de inicio, justificación de las necesidades a satisfacer, descripción de la presentación, instrucciones de desarrollo del encargo, retribución, emisión de informe jurídico y fiscalización de la Intervención Municipales.

En particular sobre el informe jurídico, el TRLCSP no contiene una regulación propia, por lo que considero debe serlo sobre los siguientes puntos:

- Si se cumplen los requisitos fijados por los Arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCS.
- Si el objeto del encargo cae dentro del objeto social de la sociedad instrumental municipal.
- Si los Estatutos o norma de creación de la sociedad mercantil local reconoce expresamente la condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento y se cumple con el régimen de encomiendas y encargos que puede recibir según los mencionados Estatutos o norma de creación de la empresa.

La encomienda o encargo concreto de gestión debe adoptar la forma de acuerdo aprobado por el órgano competente, que a tenor de lo expuesto anteriormente en cuanto aplicación del TRLCSP, supletoria y analógica de la Dis. Adi. Segunda, 3, corresponde a la Junta de Gobierno Local.



AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL

Asesoría Jurídica

Ref.: VAR. 1-16 (G.D. SER.MUN.)

## V.- Conclusiones

Primera.- Optar por gestionar directamente servicios de competencia municipal, o determinadas presentaciones de los mismos, a través de la sociedad mercantil municipal no es discrecional para el Ayuntamiento. Sino que, para dar cumplimiento al Art. 85.2 de LBRL, debe acreditarse que esta modalidad es más eficiente y sostenible para el servicio que se trate, en los términos indicados en este precepto, que realizarlo directamente por la propia entidad.

En cualquier caso, no podrá encomendarse funciones que conforme al Estatuto del Empleado Público y demás normativa funcional de aplicación, queden reservadas a funcionarios públicos.

Segunda.- Competente al Pleno, conforme al expediente que se instruya al respecto y documentos que ha de contener según se ha relacionado, adoptar el acuerdo que determine si se cumple el mencionado requisito para que, posteriormente, se pueda encomendar o encargar la gestión o trabajos para la prestación del servicio que se trate a la instrumental sociedad mercantil municipal.

Tercera.- De acreditarse que es más eficiente y sostenible prestar el servicio municipal que se trate o trabajos del mismo a través de la sociedad mercantil local existente, previa instrucción del expediente de encomienda de gestión o encargo, con el contenido documental expuesto precedente, la Junta de Gobierno Local podrá adoptar el acuerdo de dicha encomienda, recogiendo los extremos comentados en el apartado anterior (objeto, instrucciones, retribución, etc.) y publicarse conforme a lo regulado en el Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Cuarta.- No es de aplicación a las encomiendas o encargos del Ayuntamiento a su empresa mercantil municipal el régimen jurídico de *encomienda de gestión* del Art. 15 de la LRJAPyPAC.

Su regulación la encontramos en los Arts. 4.1.n) y 24.6 del TRCSP, excluyendo este negocio jurídico del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, remitiéndose a sus normas especiales, y sin perjuicio de la aplicación de sus principios para resolver las dudas y lagunas que se presenten, así como de su aplicación analógica cuando fuera procedente.



AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL

Asesoría Jurídica

Ref.: VAR. 1-16 (G.D. SER.MUN.)

En materia de gasto habrá que estar a la normativa especial presupuestaria.

De ser factible la encomienda del servicio que se trate, la sociedad municipal encomendada debe tener presente el TRLCSP, en lo que fuera aplicable a los contratos que precise para ejecutar las prestaciones objeto del encargo. Y en materia de personal, a la normativa que rige la contratación de personal por sociedad pública mercantil de capital exclusivo municipal.

Salvando cualquier otro mejor criterio fundamentado en derecho, es cuanto tengo el honor de informar, según mi leal saber y entender, en Ciudad Real a nueve de febrero de dos mil dieciséis.

EL TITULAR DE LA ASESORIA JURÍDICA,

Fdo. Julián Gómez-Lobo Yanguas

