

# 15è. Seminari d'actualització jurídica CSITAL de Lleida. 2020

Jornada de l'11 de desembre de 2020

Ramon Morell Gassó  
Secretari de l'Ajuntament de Tàrraga

# Normativa

➤ **DECRET LLEI 46/2020, de 24 de novembre, de mesures urgents de caràcter administratiu, tributari i de control financer.**

# DECRET LLEI 46/2020, de 24 de novembre, de mesures urgents de caràcter administratiu, tributari i de control financer

## **Article 4. Bonificació de les concessions administratives o actes administratius equiparables que atorguin l'aprofitament privatiu del domini públic.**

4.1 S'estableix una **bonificació del 100%** en la quota tributària de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats, en la modalitat de transmissions patrimonials oneroses, de les concessions administratives o actes administratius equiparables que atorguin l'aprofitament privatiu del domini públic per al seu ús com a terrassa per part d'establiments d'hostaleria i restauració. La mateixa bonificació resulta aplicable en les concessions administratives o actes administratius equiparables subjectes a l'impost que autoritzin la venda de mercaderies i prestació de serveis mitjançant estructures o parades desmuntables o vehicles botiga en el territori de Catalunya.

4.2 Aquesta bonificació s'aplica a les concessions o actes administratius equiparables esmentats en l'apartat anterior meritats entre **l'1 de gener del 2020 i el 31 de desembre de 2021**.

# Jurisprudència

➤ **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2020 (recurso de casación 5229/2018).**

Asunto: Es contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas de exposición otros no expresamente previstos en el temario aún relacionados con el.

➤ **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de junio 2020 (núm. 2584/2020).**

Asunto: solicitud de información relacionada con una empresa participada por el Ayuntamiento.

➤ **Resolució 382/2020 de 23 de juliol de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP).**

Assumpte: sol·licitud d'informes i factures relacionades amb una estafa.

## **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre 2020.**

Asunto: Es contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas de exposición otros no expresamente previstos en el temario aún relacionados con el.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **SEGUNDO.-LA SENTENCIA IMPUGNADA Y LA CUESTIÓN QUE PRESENTA INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO.**

(...)

4. *...la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional ...es si, en los procesos selectivos de acceso al empleo público, resulta compatible con los límites de la discrecionalidad técnica del órgano de selección y el principio de seguridad jurídica, el establecimiento de pruebas que tuvieran por objeto el desarrollo escrito de temas de carácter general que estuvieran relacionados, aunque no fueran coincidentes, con los enunciados concretos del programa de la convocatoria".*

#### **CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.**

4. ...cuando una administración precisa seleccionar empleados públicos para formar parte de un Cuerpo o Escala hace un llamamiento: eso es la convocatoria y con ella esa administración traba una relación jurídica con los aspirantes. Esta relación jurídica está sujeta a las bases y cuando se incorpora en ellas un temario o programa, su función es concretar la relación de materias cuyo conocimiento teórico se exige al aspirante según el cometido funcional del Cuerpo o Escala al que aspira acceder y, a su vez, le garantiza que son esos y no otros los conocimientos teóricos objetivos, tasados, que debe demostrar que posee.

...

7. Se diseñe como se diseñe el ejercicio teórico el aspirante debe tener la certeza de que son esas y no otras las materias cuyo conocimiento debe demostrar. La seguridad jurídica del proceso selectivo pasa también por saber a qué atenerse en cuanto a qué conocimientos debe demostrar en un proceso en el que se juega su esfuerzo y futuro profesional.

...

9. .... no cabe extender la discrecionalidad técnica del tribunal calificador al punto de apoderarle para que fije los temas sobre los que el aspirante debe demostrar sus conocimientos teóricos: de hacerse, ese aspecto más que un juicio o decisión científica o técnica propia de esa discrecionalidad, implicaría que la administración convocante hace una suerte de delegación en el tribunal calificador para que complete o reelabore las bases, con lo que el temario publicado pasa a tener un valor referencial.

#### **QUINTO.- DOCTRINA QUE SE FIJA**

...

**2. Es, por tanto, contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia.**

## **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de junio 2020**

Asunto: solicitud de información relacionada con una empresa participada por el Ayuntamiento.

### **RESOLUCIÓ 51/2018, DE 23 DE MARÇ DE LA COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA (GAIP)**

Administració reclamada: Ajuntament de Girona.

Informació reclamada: Informació diversa relacionada amb AGISSA.

Sentit de la Resolució: Estimació.

#### **Resum:**

**Responsabilitat de l'Administració sol·licitada a donar la informació que estigui en el seu "poder", concepte més ampli que la possessió real, ja que inclou també la potencial, és a dir, la informació que l'Administració té el poder jurídic de tenir a les seves mans, o la capacitat jurídica de requerir-la a altres entitats obligades jurídicament a facilitar-li.**

Segons la legislació de la Generalitat, aplicable supletòriament al sector públic local, **per societat vinculada s'ha d'entendre les que són gestores de serveis públics de què és titular l'Administració corresponent o les que hi han subscrit convenis, i en les quals aquesta té la facultat de designar tots o una part dels òrgans de direcció o hi participa directament o indirectament, com a mínim, en un 5% del capital social. Tot i que l'Ajuntament, de no tenir materialment la informació comptable i institucional d'AGISSA sol·licitada, hauria pogut derivar la sol·licitud a aquesta empresa de conformitat amb el règim jurídic establert per l'article 30.1 LTAIPBG**, a hores d'ara, gairebé a vuit mesos de la presentació de la sol·licitud, aquesta derivació no seria més que una nova dilació inadmissible de l'efectivitat del dret legítim de la persona reclamant a la informació sol·licitada, dret que, com s'ha argumentat, l'Ajuntament de Girona té el poder jurídic de satisfer directament.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO TERCERO DE LA SENTÈNCIA DEL TSJ:**

(...)

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la información solicitada es de la prevista en el artículo 2.b) de la Ley 19/2014:  
*b) Información pública: la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los demás sujetos obligados de acuerdo con lo establecido por la presente ley. (...)*

Por ello tratándose de información referida a una empresa municipal, y a los contratos y datos registrales referidos a la misma, es evidente que la información solicitada en modo alguno tiene un contenido imposible como pretende el Ayuntamiento demandado, y sin que el hecho de que dicha sociedad esté bajo administración judicial, pueda ser causa obstativa para la obtención de una información de la que debe disponer la administración recurrente, tal y como establece el artículo 13 de la Ley.

# Resolució 382/2020 de 23 de juliol de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP).

Assumpte: Informes i factures relacionades amb una estafa.

## RESOLUCIÓ 382/2020, DE 23 DE JULIOL DE LA COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA (GAIP)

Administració reclamada: Consell Comarcal del Baix Penedès

Informació reclamada: Informes i factures relacionats amb una estafa.

Sentit de la resolució: Desestimació.

### Resum:

L'objecte i la finalitat de la protecció (conduir a bon terme les actuacions judicials que investiguen els fets que poden ser constitutius de delictes i determinar eventuais responsabilitats) semblen prou consistents per protegir degudament els interessos del CCBP i de les altres Administracions que hagin pogut ser víctimes de la mateixa o similar estafa. D'altra banda, l'entitat reclamant assenyala únicament com a motivació o finalitat de la Reclamació la seva voluntat de conèixer la magnitud de l'estafa de què hauria estat víctima el CCBP i l'àmbit afectat; doncs bé: **la nota de premsa difosa pel mateix CCBP sobre aquest afer indica tant la magnitud de l'estafa, com l'àmbit del Consell Comarcal afectat (antecedent 10), la qual cosa permet afirmar que la finalitat de la Reclamació assenyalada per l'entitat reclamant ja hauria estat satisfeta per la difusió de la nota de premsa del Consell Comarcal, de manera que el seu accés a la informació sol·licitada tindria poca rellevància en relació amb la finalitat indicada.** A la vista d'aquestes consideracions, i en aplicació del criteri de proporcionalitat establert legalment, cal concloure que és procedent aplicar el límit legal invocat i, en conseqüència, desestimar la Reclamació.

**LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA**

**INAP**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



---

## **Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales**

*Eduardo Gamero Casado es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Pablo de Olavide*

El artículo se publicó en el número 52 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, octubre 2019)



# CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (I)

## 1. INTRODUCCIÓN. LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS: ¿MODA O NECESIDAD?

- En la última década se ha reavivado el debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos, también llamada rescate o recuperación de servicios locales.
- Se discute si el modo de gestión idóneo es el público o el privado, pero en tales posicionamientos confluyen cuestiones ideológicas, jurídicas, organizativas y económicas. En esta aportación se huye de la aproximación estrictamente ideológico-política, centrando el foco en el análisis de las restantes, con la premisa de racionalizar la decisión relativa a la configuración organizativa de los servicios públicos, sustentándola en criterios objetivos.
- La decisión sobre el modo de gestión del servicio debería prescindir de apriorismos ideológicos (no es necesariamente mejor lo público o lo privado) y analizar el caso concreto para determinar cuál es la solución idónea en función de las circunstancias. Ello incluye elementos jurídicos, organizativos y económicos, todos los cuales deben ponderarse adecuadamente y quedar suficientemente expuestos en memorias justificativas que respalden la decisión adoptada.
- Las formas de gestión de los servicios públicos locales se encuentran establecidas en el art.85.2 LRRL:
  - A) Gestión directa:
    - a) Gestión por la propia Entidad local
    - b) Organismo autónomo local
    - c) Entidad pública empresarial local, i
    - d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.
  - B) Gestión indirecta: que consiste en la articulación de contratos administrativos mediante los que se da entrada a la iniciativa privada para que asuma la prestación del servicio.
- Las preguntas que nos planteamos es: entre todas estas formas de prestación de los servicios públicos, ¿cuál es la idónea? ¿Queda a la entera discrecionalidad o capricho de la Entidad local optar por cualquier forma de prestación? ¿Puede –o debe–, por el contrario, seguir criterios de alguna clase que orienten o condicionen su decisión? En tal caso, ¿qué criterios son?

## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (II)

- **La respuesta tradicional es que existe una completa libertad de autoorganización, y que la Entidad local elegirá la forma que prefiera.**

.En la práctica, ello ha dado lugar a etapas u oleadas sucesivas en la elección de la forma de gestión. Limitándonos a recordar las más recientes, desde finales de los años 80 se experimentó un intenso fenómeno de externalización de servicios públicos, propiciado por una serie de factores:

- El incremento exponencial de los servicios públicos, que no permitía a las Administraciones públicas desarrollar capacidades técnicas suficientes para prestarlos.
- Un cierto sesgo u orientación política, con clara impronta neoliberal.
- Un mercado maduro, con compañías de bandera que en su mayor parte prestaban servicios de calidad.

.En la actualidad se percibe una reversión del fenómeno, auspiciándose procesos de remunicipalización:

- Porque en muchos casos se reducen los costes de la prestación del servicio por parte del sector público.
- Por razones estrictamente políticas (orientaciones ideológicas).
- Por acusaciones de corrupción en las adjudicaciones de contratos.
- Porque algunas empresas externalizadas han fracasado o se ha ido deteriorando progresivamente la calidad de los servicios que prestan.

- **Como premisa del análisis, debemos advertir la necesidad de desprenderse de todo apriorismo ideológico y abandonar cualquier prejuicio, evitando aproximaciones estrictamente ideológico-políticas al asunto.** No se rechaza una mínima consideración del elemento ideológico (pues, en definitiva, el pluralismo político es uno de los valores superiores en la escala axiológica constitucional, y es perfectamente legítimo que cada opción política despliegue su propio programa electoral), pero se trata de evitar que constituya el único elemento, o incluso que se convierta en el elemento primordial.

- **La decisión entre prestación directa (remunicipalización) o externalización debe obedecer a un proceso racional en el que se determine cuál es la forma idónea de prestación del servicio por razones primordialmente organizativas y técnicas.**

# CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (III)

## 2. ELEMENTOS QUE CONDICIONAN LA ELECCIÓN ENTRE FORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS.

### 2.1. Criterios de eficiencia y sostenibilidad.

▪El art.85.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (en lo sucesivo LRBL), condiciona decisivamente el margen de decisión de las Entidades locales, estableciendo que “los servicios públicos locales habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre las enumeradas a continuación”.

-La verificación de la sostenibilidad y la eficiencia no es arbitraria o caprichosa: se articula mediante una **concreta metodología** que analizaremos más adelante.

-Este precepto fue introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Supone el primer hito de una tendencia que iremos verificando en este trabajo: la transformación de la discrecionalidad pura preexistente en lo relativo a la elección de la forma de gestión, en una **discrecionalidad técnica**, que admite un margen de tolerancia o apreciación, pero que se encuentra fuertemente condicionada mediante la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

### 2.2. Ejercicio de potestades administrativas.

▪El art.85.2 in fine LRBL: establece que no se pueden prestar mediante formas de gestión indirecta servicios públicos que impliquen ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

Este precepto guarda conexión con el art.9.2 EBEP(23), por el que se reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (IV)

### 2.3. Derecho de la contratación pública: encargos a medios propios y rescate anticipado.

- **El régimen de la contratación pública supone ciertas limitaciones a la hora de decidir la forma de gestión de los servicios.**

- Restricciones que implanta la Ley 9/2017, de 7 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) como consecuencia de lo establecido en las directivas de cuarta generación. **Fomentar la competencia como medio para mejorar la eficacia y la eficiencia, de manera que el servicio se preste en condiciones de mercado aun cuando se haga con medios propios personalizados.**

- **Tipos de contratos** (concesión de servicios o servicios), que obligan a cambiar y adaptar el régimen de fondo.

- También existen limitaciones acerca del rescate anticipado por razones de oportunidad.**

.Constituye materialmente una expropiación, y se debe indemnizar al contratista por todo el valor del negocio cuyo despojo soporta: el coste de las obras por todo el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización), y la pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que resten para completar el plazo de concesión (compensación industrial). Estas coordenadas deben ser cuidadosamente valoradas por las Entidades locales cuando sopesen rescatar un servicio anticipadamente a fin de asumir su prestación directa, considerando el sobrecoste que supone el pago de esta indemnización. A raíz de estos condicionantes, parece más sensato aguardar la aparición de ventanas que permitan la remunicipalización sin este coste añadido, cuando el contrato se extinga y sea preciso plantearse la nueva forma de prestación.

.Por lo demás, el art.294 c) LCSP establece que “El rescate de la concesión [de servicios] requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”. Estos conceptos suponen un criterio condicionante de la opción que siga la Administración concedente a la hora de acordar el rescate del servicio, condicionando, por tanto, su forma de prestación.

## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (V)

### 2.4. Gastos de la contratación.

▪El mero hecho de articular formas de prestación indirecta, y en particular, de externalizar el servicio mediante su contratación con empresas privadas, supone, de suyo, una serie de costes añadidos.

. IVA. Es el gasto más significativo que el contratista repercute a la Administración y ésta no siempre se puede compensar, en tanto que, si el servicio se presta de forma directa, la Entidad local está exenta el pago del impuesto (art.7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido; tanto si se trata de prestación indiferenciada por la propia Entidad local, ya sea encargo a medios propios).

El ahorro del IVA ha acabado por convertirse en un argumento nuclear para justificar la remunicipalización de los servicios, al tratarse de la partida de ahorro más clara y jugosa de cuantas pueden documentarse en el expediente. Es más, no es raro que los Interventores, cuando emiten el Informe que preceptivamente emiten en estos expedientes, expongan que las ventajas obtenidas por la remunicipalización se basan más en la diferencia de tratamiento fiscal y su correlativo ahorro, que en una mayor eficiencia en la organización del servicio.

.Gastos de licitación del contrato. Es posible que la Administración requiera de asesoramiento técnico para elaborar los pliegos, si se trata de una contratación compleja para la que no disponga de la suficiente capacidad, de tal manera que requiera suscribir un contrato de servicios para el asesoramiento en la elaboración de los pliegos. La tramitación del expediente conlleva también otros gastos, de publicidad, de gestión (medios humanos y materiales implicados en el procedimiento) y de formalización.

.Gastos derivados de la fiscalización de la prestación del servicio por el contratista, mediante la dirección técnica u otros medios de control de la ejecución del contrato.

▪**Todos estos gastos no se producen cuando el servicio se presta directamente por la Entidad local. Bien es cierto que el ahorro de estos gastos no es neto, pues en caso de prestación directa también se aplican medios humanos y materiales al control de la actividad.**

## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (VI)

### 2.5. Inversiones requeridas por el servicio y disponibilidad financiera para afrontarlas.

▪ **La necesidad de afrontar inversiones que mejoren la calidad del servicio, o incluso que sencillamente le devuelvan el nivel mínimo de prestación requerido** tras un período de desidia por parte de los gestores que haya deteriorado los equipamientos que se le encuentran afectos, **puede ser un factor que determine la conveniencia de externalizarlo, imponiendo al contratista la realización de las nuevas inversiones necesarias como parte del contrato.**

### 2.6. Complejidad técnica del servicio y capacidad municipal.

▪ **En ocasiones la prestación del servicio puede exigir que se disponga de técnicas o de capacidades que superan las de la Entidad local.**

- Esto puede deberse tanto a la complejidad intrínseca del servicio o a la dimensión que adquiere respecto a las capacidades de la propia Entidad local.

- Estas capacidades pueden ser de muy diferente tipo:

. conocimientos técnicos suficientes para afrontar con solvencia la organización, gestión y prestación del servicio.

. carencia de la tecnología necesaria para la gestión del servicio

. medios humanos, cuando la prestación del servicio requiera un importante volumen de efectivos, o cuando simplemente no resulte posible contratarlos por causa de las restricciones existentes en materia de empleo público.

- A la hora de decidir la forma de gestión, el municipio debe valorar sus propias capacidades y optar por la solución más eficiente, en aras a la calidad de la prestación.

- Ahora bien, no siempre será necesario externalizar la totalidad del servicio, sino que cabe plantearse la externalización tan sólo de los aspectos para los cuales la Entidad local carezca de capacidad.

## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (VII)

### 2.7. Variables a considerar desde la óptica de la competencia.

▪ **Antes de decidir si un servicio se presta mediante fórmulas de prestación indirecta es preciso verificar que en el mercado exista competencia efectiva, y además preservarla**, para evitar que el resultado final sea contrario al objetivo de mejorar la eficiencia:

- Disponibilidad de competencia efectiva en el mercado (número suficiente de empresas susceptibles de licitar).
- Que la calidad del servicio sea fácil de medir, y que la administración disponga de una unidad capacitada para supervisar su prestación.
- Inexistencia de costes elevados a la entrada (es decir, que los costes para el inicio de la actividad no sean elevados) y/o de costes no fácilmente recuperables. Si tales costes existen se reducirá la competencia efectiva.
- Correcta distribución del riesgo e información abundante sobre el mismo: debe ser transparente la identificación del riesgo y ventura (u operacional) que asume el contratista; caso contrario es posible que no haya competencia efectiva (licitadores dispuestos a asumir un riesgo incierto).
- Posibilidad de conceder autonomía sobre los costes de prestación del servicio (p.ej., costes salariales): si se concede esa autonomía, se favorece la presentación de ofertas competitivas.
- Limitación de la posibilidad de modificar el contrato, porque ello altera la competencia .
- Que los servicios se financien primordialmente por los usuarios.

La Entidad local debe valorar todos estos factores y determinar si, en el servicio analizado, se darían condiciones adecuadas de competencia en el caso de articular fórmulas de prestación indirecta.

# CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (VIII)

## 3.. ELEMENTOS QUE CONDICIONAN CONCRETAMENTE LAS FORMAS DE PRESTACIÓN DIRECTA.

### 3.1. Criterios de preferencia por la prestación mediante organización indiferenciada u organismo autónomo frente a EPE o sociedad mercantil.

▪EL art.85.2 A) pár.2º LRBRL (introducido por la LRSAL en 2013) parece sentar una preferencia por las fórmulas de gestión indiferenciada o mediante organismo autónomo frente a las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles. El artículo dispone:

*“Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) [Entidad pública empresarial local] y d) [Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) [Gestión directa] y b) [Gestión por la propia Entidad local], 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”.*

-El precepto establece, por un lado, los criterios que condicionan la forma de prestación de los servicios locales; y por otro lado, los trámites que se deben seguir para elegir la forma de prestación, garantizando que con ocasión de tales trámites se tomen en consideración dichos criterios. En este sentido, interesa destacar que sólo es preciso justificar expresamente la decisión adoptada en dos casos:

- 1) Cuando se cree una nueva entidad instrumental en lugar de utilizar directamente los servicios locales, lo cual conlleva a su vez la innecesariedad de motivación para disolver una entidad instrumental y reasumir el servicio por los órganos territoriales cuando se opte por fórmulas de gestión directa, y
- 2) Cuando se opte por una forma de prestación directa respecto de un servicio que venía prestándose mediante formas de prestación indirecta (remunicipalización).

-Los criterios que establece el artículo son la eficiencia y la sostenibilidad, a cuyo efecto se deben tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.



## CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (IX)

### 3.2. Coste efectivo de prestación.

▪El art. 116 *ter* LRBRL, (introducido por la LRSAL en 2013) que tenía inicialmente asignada una misión específica (servir de cálculo de coste de los servicios municipales y provinciales, a fin de compararlos y articular la asunción del servicio por la Diputación en el caso de que lo preste a menor coste que el Municipio.), **ha pasado a convertirse en una herramienta transversal útil para ayudar a decidir la forma más adecuada de prestación de los servicios locales. Establece la obligación de que todas las Entidades locales calculen, y comuniquen al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas antes del 1 de noviembre de cada año, el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior.**

▪La determinación del coste efectivo podría ser también un instrumento útil para optar entre formas de gestión directa o indirecta, y no sólo para elegir entre formas de gestión directa.

### 3.3. Motivación en el procedimiento del cumplimiento de estos requisitos.

▪En cuanto a los trámites orientados a garantizar la consideración de tales criterios condicionantes con ocasión de la decisión sobre la forma de prestación del servicio, deben constar en :

1. Memoria justificativa de la forma de gestión elegida.
2. Proyecto de establecimiento del servicio.

# **CRITERIOS DETERMINANTES DE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES (X)**

## **4. CONSECUENCIAS DE LA INSTAURACIÓN DE ESTOS CRITERIOS SOBRE EL CONTROL DE LA ELECCIÓN.**

- 1.- Las EELL no tienen plena libertad de elección entre todas las formas de prestación de los servicios públicos.  
No se trata de una cuestión ideológica o política, sino de una elección que debe regirse por criterios de racionalidad.**
  
- 2.- La discrecionalidad pura que presidía la cuestión antes de la LRSAL se está transformando en una discrecionalidad técnica.**
  
- 3.- La consecuencia inmediata es la impugnabilidad de los acuerdos municipales y su control por la Jurisdicción contencioso- administrativa.**
  - La temática principal viene siendo la infracción de los límites de la tasa de reposición del personal.
  - También existen sentencias que anulan la remunicipalización por falta de justificación, esto es, por la inexistencia de motivos suficientemente expuestos en las memorias de secretarios e interventores municipales que respalden la concurrencia de los criterios de eficacia y sostenibilidad que condicionan la elección (SJCA núm.5 de Oviedo 167/2017, de 17 de septiembre).
  - Otras avalan la procedencia de la remunicipalización en el hecho de que queda justificado el respeto de los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, así como con la regla de gasto, confirmando la legalidad de los acuerdos de remunicipalización ( STSJ Asturias 160/2018, SJCA núm.2 de Cádiz 195/2018).

# Doctrina



**ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL  
CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA**

# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (I)

## 1. CONSEQÜÈNCIES DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE.

▪ **La finalització del contracte de prestació indirecta en concessió comporta unes determinades obligacions a l'Ajuntament:**

**a) En relació amb la finalització del contracte**, cal que l'Ajuntament procedeixi a:

- a.1) **Intervenir tècnicament el servei per tal d'assegurar la correcta reversió dels actius** en bon estat d'ús.
- a.2) **Determinar la liquidació del contracte** de concessió.

Aquestes dues tasques cal fer-les independentment de quina sigui la forma de prestació del servei un cop vençut el contracte actual.

**b) En relació amb la fórmula amb la que es donarà continuïtat al servei**, cal que l'Ajuntament analitzi quina és la forma més eficient per a la prestació del servei, la qual cosa es fa mitjançant la redacció de:

- **Memòria de formes de gestió.**
- **Projecte de servei.**
- **Reglament del servei, i**
- **Preu del servei.**

Aquestes tasques:

- . Caldrà fer-les obligatòriament si es decideix canviar la forma de gestió indirecta per la directa.
- . És convenient fer-les en qualsevol altre cas, per tal de deixar degudament justificada l'elecció de la forma de gestió.
- . En tot cas si l'Ajuntament decidís seguir prestant el servei de forma indirecta, igualment hauria de justificar adequadament la necessitat i oportunitat de la contractació d'un concessionari.

## ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (II)

### a.1) Intervenció tècnica del servei per assegurar la reversió.

- Pel que fa als efectes de l'extinció del contracte de concessió, cal atendre a allò previst al Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), que en l'apartat 1 del seu article 261 diu:

*L'extinció del contracte de concessió com a conseqüència del transcurs del termini comporta la reversió en la forma que estableix l'article 262, la devolució de la garantia prestada, la declaració del correcte compliment del contracte i la liquidació de les relacions econòmiques derivades de l'execució d'aquell.*

- Pel que fa a la reversió el ROAS en el seu article 262 disposa:

*262.1 Els béns i elements afectats al servei concedit que siguin necessaris per a la prestació d'aquell i que hagin estat objecte d'amortització durant el termini de la concessió reverteixen a l'acabament d'aquest a l'ens contractant, sens perjudici del que prevegi el plec de clàusules de la contractació.*

*262.2 Amb anterioritat a la reversió, durant el termini que assenyali el plec de clàusules i, en tot cas, com a mínim, en el d'un mes per cada any de duració de la concessió, la gestió del servei es regula de la manera següent: a) L'ens local designa un interventor tècnic a l'empresa concessionària, el qual ha de vigilar la conservació de les obres i del material i ha d'informar la corporació sobre les reparacions necessàries per tal de mantenir-les en les condicions previstes.*

# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (III)

## a.1.1.-Contingut de la intervenció

▪ **Les tasques a desenvolupar per l'interventor, que pot ser personal propi de l'administració o de contractació externa, són les següents:**

- **Determinar el procediment de revisió de les instal·lacions, i verificació del seu estat.**
- **Determinació de les reparacions necessàries, si fos el cas.**
- **Recepció de les reparacions que hagin resultat necessàries.**
- **Identificació d'altres bens tals com bases de dades, cartografia, etc., que hagin de ser transferit a l'Ajuntament, i verificació del seu estat.**
- **Determinació dels procediments per mantenir actualitzada la labor d'intervenció tècnica en el cas que, per qualsevol raó, es prorrogui la durada de la concessió, més enllà de la data prevista de finalització.**

## a. 1.2.- Procediment administratiu

▪ **Els actes d'ordenació del procés de reversió i liquidació del contracte de concessió, inclòs el nomenament d'un interventor en protecció dels bens i drets de l'Ajuntament com a receptor de la disponibilitat i utilitat dels mateixos els ha de dictar l'òrgan de contractació** que en el cas dels Ajuntaments i pel volum econòmic del contracte de concessió d'abastament d'aigua correspon generalment al ple.

▪ **La llei no determina un perfil tècnic específic per a l'interventor tècnic, sent l'habitual, atesa la natura de la seva missió, que tingui una formació tècnic-enginyer. Tampoc no hi ha cap obstacle en que l'interventor tècnic pugui ser un tècnic extern a l'administració contractat expressament per a aquesta missió.**

▪ **Igualment, correspondrà al ple de l'Ajuntament com a òrgan de contractació l'atorgament dels actes que estableixin les decisions de l'Ajuntament sobre la finalització, liquidació i en general compliment de les obligacions contractuals de les parts.**

# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (IV)

## **a.2) Liquidació del contracte de concessió.**

En el moment de la finalització del contracte cal la liquidació dels drets i deures de les parts que s'hagin produït durant la vigència del contracte i que no s'hagin extingint durant la vigència del mateix.

▪ **La liquidació no pot obviar l'estat de les instal·lacions a rebre del concessionari pel que resulta convenient que l'estudi de liquidació es desenvolupi durant la fase final de la intervenció tècnica, però solapant-se a la mateixa.**

### **a.2.1.- Contingut de la liquidació.**

▪ **La liquidació del contracte és un estudi que ha d'incloure:**

-Anàlisi del valor brut de l'immobilitzat compostat pels actius reversibles afectes a la prestació del servei.

-Determinació del saldo de la dotació, mitjançant les tarifes aplicades, de les inversions realitzades pel concessionari, als efectes de la seva recuperació per part d'aquest: dotació acumulada del fons de reversió vs. valor brut dels actius, i possibles indemnitzacions.

-Determinació d'altres efectes econòmics de possible aplicació: aigua subministrada i no facturada a la finalització del contracte, etc.

### **a. 2.2.- Procediment administratiu.**

▪ **La liquidació ha de ser duta a terme pels òrgans administratius de l'Ajuntament que designi el Ple, podent-se contractar una assistència externa a l'efecte per a la seva col·laboració amb la dita tasca.**

▪ **La liquidació haurà de ser aprovada pel Ple, amb l'informe preceptiu de la secretaria i la intervenció municipal i previs els tràmits oportuns d'audiència a l'interessat.**

## ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (V)

### b). Memòria formes de gestió.

- La Llei Reguladora de Bases del Regim Local (LBRL) entén que la decisió sobre la gestió dels Serveis públics, especialment els reservats per mandat legal, entra dins de l'àmbit de la potestat autoorganitzativa i que per tant, se subjecta al que disposa l'article 85 de la LBRL, tot diferenciant-la del supòsit de les iniciatives econòmiques de les entitats públiques locals, que procedimentalment estarien recollides a l'article 86 de la LBRL i a l'article 97.1 del Text Refós de Règim Local (TRRL).
- El ROAS distingeix entre l'establiment dels serveis públics locals, la prestació i la forma de gestió d'aquests serveis. No obstant això, en els supòsits com el que aquí ens ocupa en que s'ha d'implantar o crear un servei, el procediment és únic.
- **El procediment per a l'establiment dels serveis es regeix pels articles 243 a 250 del TRLMC i pels articles 159 i 160 del ROAS.**

### b.1 Contingut de la Memòria i projecte del servei:

- La **Memòria** tindrà en compte aspectes socials, financers, tècnics i jurídics del servei, determinant la forma més convenient per a la seva prestació sota criteris d'eficiència i sostenibilitat. Inclourà els motius que condueixin a les decisions a emprendre, tot justificant la forma de gestió recomanada.
- Cal confeccionar també una **proposta de tarifes del servei**.
- El **Projecte d'establiment del servei** haurà d'incloure les característiques del servei, la seva forma de gestió, les obres, béns i les instal·lacions necessàries per a la prestació amb indicació si s'escau de les que hagi de realitzar el prestador del servei (sigui privat o públic), l'estudi econòmic-financer i si s'escau les tarifes a percebre, si fos el cas en el supòsit de gestió indirecta la participació que hagi de percebre l'ens local, i la compensació econòmica que si s'escau aquest hagi de satisfer, també el règim estatutari dels usuaris.
- Es redactarà també el **Reglament del servei**.



# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (VI)

## b.2) Formes de gestió.

Aquests documents analitzaran les diferents formes de gestió possibles:



## ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (VII)

### b.3) Eficiència i sostenibilitat.

▪ La comparativa, sota els preceptes de l'eficiència i sostenibilitat pressupostària, tindrà en compte, entre d'altres, els següents aspectes:

- **El servei d'abastament d'aigua ha de ser econòmicament-financera autosuficient.** És a dir, els ingressos propis del servei (ja tingui la consideració de taxa o de Prestació Patrimonial No Tributaria definida a l'article 289.2 i a la Disposició Final 12 de la Llei 9/2017, de Contractes de Sector Públic) han de cobrir les despeses i necessitats del servei.

- **Per altre banda, el pes relatiu de l'amortització, finançament i gestió dels actius en els comptes de resultats és molt elevat, en comparació amb la resta de serveis públics locals. La sostenibilitat financera i la capacitat de finançament d'inversions han de tenir, forçosament, la major rellevància en la presa de decisió sobre els models de gestió.**

- La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que desenvolupa en l'àmbit local la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera, de 27 d'abril, estableix expressament que **l'elecció de la forma de gestió ha de tenir particularment en compte els principis de sostenibilitat financera i eficiència en l'assignació dels recursos públics.** També estableix aquest criteri l'article 85.2 de la Llei de Bases de Règim Local.

- **La determinació que la LRSAL fa del cost efectiu dels serveis,** així com la normativa reglamentària que la desenvolupa.

-**Igualment, en aplicació de la l'esmentada LRSAL i de la normativa del SEC 2010, determinar els efectes que sobre els pressupostos municipals tenen les distintes opcions .**

# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (VIII)

## 2 PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

▪ De forma molt resumida, els passos d'aquest procediment són els següents:

- Inici del procediment per Acord Plenari.
- Designació de la Comissió d'Estudi en l'acord d'inici del procediment, que haurà d'estar designada per la corporació i estar integrada per membres d'aquesta, personal tècnic necessari i representants dels usuaris.
- Durant tres mesos: redacció Memòria Justificativa, Projecte d'establiment del servei i Reglament, així com proposta de tarifes. La Comissió d'Estudi pot contractar les assistències tècniques pertinents.
- Informes de Secretari i Interventor Municipals
- Aprovació inicial dels documents pel Plenari
- Exposició al públic per 30 dies, audiència interessats
- Respostes i resolucions derivades de l'exposició pública.
- Aprovació definitiva dels documents i dels efectes econòmics (liquidació de l'anterior prestador, nova tarifa, etc...)

▪ A tot aquest procediment descrit, que sempre es pot veure dilatat en terminis per l'aparició d'incidents i imprevistos, caldrà afegir que, un cop acordada la forma de gestió directa, podria haver-se de constituir un ens de dret públic, o be adaptar-ne un d'existent. A més, caldrà redactar la corresponent encomana de gestió, la previsió de les contractacions de personal o subrogacions, etc. Per tant, cal preveure un termini no menor a dos anys, abans de la data de finalització del contracte, per a iniciar el procediment de la Memòria de formes de gestió, sent el més prudent fer-ho amb una antelació d'entre dos i tres anys.

▪ Cal tenir en compte que si el servei es preveu sigui prestat en règim de monopoli (un únic prestador per a tot el terme municipal), l'aprovació definitiva s'ha d'adoptar per majoria absoluta del nombre legal dels membres del plenari, previ informe de l'Agència Catalana de la Competència i dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, i s'ha de sotmetre a aprovació final per part del Govern de la Generalitat. Aquest tràmit no resulta necessari si la situació de monopoli es dona de forma natural, és a dir, si en el moment en qüestió no existeixen en el terme municipal tercers que prestin el servei.

# ACTUACIONS A DUR A TERME EN PREPARACIÓ DE LA FINALITZACIÓ DEL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DEL SERVEI DEL CICLE INTEGRAL DE L'AIGUA (IX)

## ➤ PRECAUCIONS PRÈVIES A LA INTERVENCIÓ TÈCNICA DEL SERVEI

▪ Sovint s'inicia la fase d'intervenció del servei en un moment en què l'Ajuntament desconeix quasi tot en relació amb el servei, després de molts anys en què el concessionari ha disposat de la totalitat de la informació d'aquest, i l'ha reservat per a sí mateix. Aquesta situació es dona molt en particular pel fet que sovint els Ajuntaments es limiten a la revisió de les tarifes, i poca cosa més. En aquest sentit **és molt recomanable que l'Ajuntament institueixi la figura del Responsable del Contracte, prevista a l'art 62 de la Llei de Contractes de Sector Públic, i aquest comenci a verificar tots els extrems d'acompliment del contracte per part del concessionari, així com l'estricta compliment del reglament del servei i de tot compromís amb l'Ajuntament.**

**Aquesta figura hauria d'existir al llarg de tot el contracte i, en cas de no existir, caldrà que l'Ajuntament la institueixi quant abans. Cal recordar que, al igual que l'interventor tècnic, pot tractar-se d'un empleat del consistori com d'un professional extern contractat específicament per a aquesta missió.**

## ➤ PREVISIÓ RESPECTE A LA DOCUMENTACIÓ

Quan els Ajuntament inicien els procediments descrits, és també molt habitual que la documentació bàsica per a la preparació de tots els expedients (liquidació, redacció de la Memòria de formes de gestió, etc.) estigui dispersa, en el millor dels casos, quan no extraviada.

Per això, **és del tot convenient que es vagi preparant el dossier documental, de caràcter indispensable, següent:**

- Contracte original, amb els seus documents annexes: Plecs de la licitació, i plica de l'oferta del contractista.
- Modificacions, ampliacions i pròrrogues del contracte original.
- Estudis de tarifes, amb recull de les dates de la seva aprovació, tant per part de l'Ajuntament com de la Comissió de Preus de Catalunya, de tota la durada de la concessió.
- Plans d'inversions aprovats i executats.
- Actes de comissions de seguiment.
- Liquidacions de subvencions al servei, si aquest fos el cas, i liquidacions d'abonament a cànon a favor de l'Ajuntament.
- Correspondència entre el concessionari i l'Ajuntament.
- Qualsevol altre document rellevant en la prestació del servei.