

Expediente 9305/2016

ANA NÚÑEZ DE COSSIO, DOCTORA EN DERECHO, FUNCIONARIA DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL Y SECRETARIA GENERAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN ROQUE, en relación con el asunto de referencia, emite el siguiente

INFORME

Asunto: Propuesta de rescatar la gestión del servicio de abastecimiento domiciliario de agua y recogida de residuos, que actualmente se presta en forma mancomunada, y determinar como forma de gestión, la gestión directa mediante sociedad municipal, así como la encomienda de esta gestión a la empresa EMADESA.

El presente informe se emite en virtud del artículo 3 del Real Decreto 1174/1987, por el que se aprueba el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En primer lugar, señalar que el artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone:

“1. Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios:

Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además:

Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además:

Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas de uso público y matadero.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además:

Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”

SEGUNDO.- El apartado 2 del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su modificación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, establece lo siguiente:

«2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.»

TERCERO.- Por su parte, el artículo 86.2 de la LBRL, con la modificación de la Ley 27/2013, queda redactado como sigue:

«2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades

y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.» (El subrayado es aportación de este informe).

CUARTO.- El artículo 22.1 f) de la LBRL, atribuye como competencia del Pleno Municipal, la aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización.

QUINTO.- Por otra parte, el artículo 4.1 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, señala que son negocios y contratos excluidos de la presente ley:

“...n) 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. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.”.

El artículo 24.6, al que se remite el precepto anterior dispone que:

“...6. 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.”.

SEXTO.- Informe de la Dirección General de Tributos de fecha 20 de mayo de 2016, en relación con las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado.

SÉPTIMO.- Sentencias de la sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de fechas

28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre de 2015.

A la vista de los fundamentos expuestos, formulo las siguientes conclusiones

CONCLUSIONES

Primera.- En primer lugar señalar que lo que se pretende en el presente expediente es la “reinternalización” del servicio de abastecimiento domiciliario de agua y recogida de residuos, en el sentido, de resolver la forma de gestión actual consistente en la prestación a través de un ente consorciado como es la Mancomunidad de Municipios y asumir la gestión directa de estos servicios a través de la forma de Sociedad Mercantil Local, con la intención de que sea la sociedad municipal EMADESA a la que se le encomiende la gestión de los mismos.

Segunda.- Ahora bien, conforme establece el artículo 85.2 en su nueva redacción, solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d), siendo esta última la referida a la Sociedad Mercantil Local de capital íntegramente público, 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), referidas éstas a la gestión por la propia Administración o por organismo autónomo ,y para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Además, añade el precepto que deberá constar en el expediente la memoria justificativa que se elevará al Pleno para su aprobación y 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.

En consecuencia en el expediente debe incorporarse necesariamente los siguientes documentos, los cuales a la fecha de emisión del presente informe no se encuentran incorporados:

1. **Memoria justificativa** que podrá ser suscrita por el técnico municipal competente, en la que quede debidamente acreditado que esta forma de gestión propuesta mediante sociedad mercantil local, resulta más sostenible y eficiente que cualquier otra forma de gestión directa. En la elaboración de esta memoria deberán tenerse en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión necesaria.
2. **Informe sobre el coste del servicio.** Este informe será suscrito igualmente por el técnico municipal competente y se unirá a la memoria justificativa señalada en el apartado anterior.
3. E **informe de la Intervención municipal** 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.
4. Los informes referidos en los apartado 2 y 3 anteriores, **DEBEN SER PUBLICITADOS,**

entendiendo esta Secretaría que bastará con su publicación en el BOP durante 15 días hábiles por analogía con el plazo exigido en el trámite de audiencia. Si bien, hay que advertir que el precepto no dice nada respecto a que dicha publicidad lo sea a los efectos de la presentación de alegaciones, por lo que esta Secretaría entiende que se cumplirá con el mismo con la sola publicación a efectos de información pública. Esta publicidad deberá cumplirse antes de someter el expediente a su aprobación por pleno.

Por tanto, deberán incorporarse al expediente los informes y documentos referidos y cumplirse el trámite de publicidad antes referido.

Tercera.- Por otra parte, en cuanto a la resolución de la forma de gestión actualmente elegida por el Municipio de prestación de estos servicios a través de la forma Mancomunada, señalar que al tratarse de un derecho que tiene el municipio a la hora de decidir si asociarse o no a la Mancomunidad, voluntariamente, claro está, para la prestación en conjunto de estos servicios, el Municipio podría decidir en cualquier momento, si razones de interés público, eficacia y eficiencia lo aconsejan, asumir la gestión directa de estos servicios a través de cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 85 de la LBRL, antes señalado, y previo cumplimiento de los trámites antes expuestos. Si bien, para ello, deberá tramitarse el expediente en los términos indicados y someterse a la aprobación del pleno Municipal, por ser el órgano competente para ello, tal y como dispone el artículo 22.1 f) de la LBRL.

Cuarta.- También es importante apuntar, que el artículo 86 de la LBRL declara la reserva a favor de las Entidades Locales de los servicios esenciales de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos.

No se trata sólo de servicios de la competencia de la Entidad Local, sino de servicios cuya gestión ya le está reservada por ley. Por lo que esta Secretaría entiende que no sería necesario tramitar el expediente de municipalización contenido en el artículo 97 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, ya que la municipalización de estos servicios viene dada por la reserva que a favor de la entidad local contiene la propia ley. Salvo que se declara expresamente su reserva en régimen de monopolio, lo cual no es el caso.

Quinta.- Como hemos dicho, se pretende la gestión directa de estos servicios mediante la modalidad de SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL, con la intención de encomendar la prestación de los mismos a la empresa EMADESA, empresa municipal participada íntegramente por la Entidad Local, en cuyo objeto social se recoge el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y recogida de residuos.

Al respecto, y conforme establece el artículo 4 del TRLCSP, antes referido, queda excluido de las normas de la contratación administrativa, los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad, que tenga la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración, la realización de una determinada prestación. Teniendo en cuenta que según dispone el artículo 24.6 de este mismo texto legal, tienen la condición de medio propio y servicio técnico de una Administración, aquellas entidades del sector público que realicen la parte esencial de su actividad para la Administración pública, y ostentando ésta sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre cualquiera de sus servicios propios. Además, tratándose de sociedades, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En el caso que nos ocupa, debemos tener presente que EMADESA es una sociedad mercantil participada íntegramente por este Ayuntamiento, cuya actividad esencial la realizan para la Administración y ostentado ésta a través de sus órganos de administración y junta general un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Por ello, la empresa EMADESA, a los efectos del artículo 24.6 antes citada, tiene la condición de medio propio y servicio técnico de esta Administración. Y de ahí, que le pueda ser encomendada la prestación de estos servicios, estando excluida esta encomienda de las normas de la contratación administrativa.

Corresponderá al Pleno de la Corporación acordar la encomienda de la gestión directa de estos servicios a la empresa EMADESA, en su condición de medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento, en virtud de la competencia que le confiere el artículo 22.1 f) de la LBRL, ya citado.

Ahora bien, es importante subrayar que todas los contratos que deba celebrar EMADESA para la gestión de estos servicios QUEDARÁN SOMETIDOS A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en cuanto a su preparación y adjudicación de los mismos.

Sexta.- Señalar también la necesidad de que el Pleno Municipal apruebe un reglamento de servicio que regule los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio, pudiéndose remitir al Reglamento del suministro domiciliario de agua aprobado por Decreto de la Consejería de Presidencia, 120/1991, de 11 de junio.

Séptima.- Por último, informar que deberán aprobarse las correspondientes ordenanzas fiscales en las que se regule el precio por la prestación del servicio.

Sobre la naturaleza de la contraprestación que los usuarios del servicio han de pagar, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 2015, decía que la naturaleza de la contraprestación por un servicio público no está afectada por la forma o régimen con que se preste el citado servicio y que lo esencial es determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, no importando que el servicio público sea prestado mediante concesión, por lo que las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión del servicio público empleada, incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de derecho privado, o a través de sociedades mercantiles municipales.

Pues bien, de aquí podíamos extraer, en principio, que, con independencia de que los servicios de que se trata sean prestados a través de nuestra Sociedad municipal EMADESA, al tratarse de servicios esenciales y obligatorios según señala el artículo 26 de la LBRL, la contraprestación que pague el usuario del servicio deberá ser calificada como tasa con las consecuencias jurídicas que ello tiene, ya que quedaría sujeta a la normativa tributaria y su recaudación correspondería al propio Ayuntamiento.

Sin embargo, unos meses antes, el propio Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de ese mismo año, en su fundamento de derecho 6, al respecto de esta cuestión, dispone:

“En definitiva, el régimen de tarifas de los servicios públicos o de actuaciones de interés general realizadas por sociedades mercantiles con capital íntegra o parcialmente municipal se corresponde, más bien, con la naturaleza de los precios privados. Sostener lo contrario, es decir que la forma de gestión de derecho privado no altera la naturaleza pública de la exacción equivaldría a eliminar las tarifas como medio de remuneración del gestor privado, y a establecer el régimen de subvención como único y obligatorio medio de retribución. Y resulta que la tarifa y la subvención son fórmulas de retribución de los gestores del servicio que, separada o conjuntamente, son de elección discrecional por parte de la Administración titular del servicio”.

Por otra parte, a raíz de esta última Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015, la cual, es importante decir, que aún no crea doctrina, dado que solo se ha emitido esa en ese sentido por el Tribunal Supremo, y ante las consecuencias que este criterio supondría para cuando se utilice como forma de gestión del servicio, bien la concesión, bien un ente público empresarial o bien una sociedad municipal, la Dirección General de Tributos en relación con las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado emite un informe de fecha 20 de mayo de 2016, en el que realiza un análisis del artículo 20 del TRHL; el artículo 2.2 de la LGT; la disposición final quincuagésimo octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la cual suprimió el segundo párrafo del artículo 2.2 a) de la LGT; así como de las dos sentencias del Tribunal Supremo, en la que se mantienen criterios diferentes, por un lado, la ya citada, sentencia de 28 de septiembre de 2015, y por otro, la sentencia de 23 de noviembre de 2015, (la cual tiene un voto particular de dos magistrados que discrepan del criterio del fallo). Dicho informe acaba manteniendo el siguiente criterio y consideración:

“...si los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado son gestionados directamente por un ente local, sin ningún tipo de delegación, la contraprestación satisfecha por los usuarios debe tener la naturaleza jurídica de tasa. Por el contrario, si dichos servicios son gestionados por una sociedad privada municipal o por una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas como ingresos de derecho público, sino como ingresos de derecho privado.

Y, por tanto, subsiste la posibilidad de que en el caso de que la prestación del servicio público se realice por una empresa, ya sea pública, privada o mixta, la Administración pública titular del citado servicio pueda optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración o una combinación de ambas formas....”

Por tanto, dado que la prestación del servicio se pretende encomendar, tal y como se ha dicho, a una empresa municipal, **esta Secretaria General considera** siguiendo el criterio mantenido por la Dirección General de Tributos, que las contraprestaciones que deban pagar los usuarios del servicio han de ser consideradas como ingresos de derecho privado, pudiendo el usuario pagar directamente al gestor del servicio la tarifa o precio que se establezca a través de la ordenanza fiscal.

Es todo cuanto tengo el honor de informar. No obstante el órgano competente adoptará el acuerdo que estime conveniente. En San Roque a 6 de octubre de 2016