

Por el Ayuntamiento de _____ se solicita un informe jurídico en relación con la competencia para la prestación del servicio de residencia de mayores.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de _____ presenta al Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL, en adelante), solicitud de informe jurídico, del siguiente tenor literal:

"Con fecha 29 de octubre de 2009 fue visado el Proyecto Básico y de Ejecución de las obras de la Residencia de Ancianos del municipio de _____ por D. _____.

Con fecha 11 de marzo de 2010, se extendió la oportuna Acta de comprobación del Replanteo e Inicio de obra de la residencia de ancianos.

Con fecha de mayo de 2011 se llevó a cabo una modificación del proyecto originario para adecuar la construcción de la residencia de ancianos a las exigencias de la Junta de Extremadura.

Con fecha 21 de febrero de 2019 fue emitido informe técnico por D. _____, arquitecto del Servicio de Asistencia y Asesoramiento a entidades locales de la Diputación Provincial de Cáceres, donde se concluye que la ejecución de la obra se ha regido por el proyecto modificado y que se encuentra inacabada.

Debido a lo anteriormente expuesto, SOLICITO emitan informe jurídico, relativo a las siguientes cuestiones:

1. Teniendo en cuenta que las obras comenzaron a ejecutarse antes de la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), la primera cuestión que se plantea es si resultará de aplicación lo contenido en el artículo 7.4 del precepto legal relativo a los informes preceptivos de no duplicidad y sostenibilidad.

2. Se plantea además si el Ayuntamiento puede ejercer como propia la competencia en materia de servicios sociales y en concreto, la prestación del servicio de residencia de mayores, bordeando así la aplicación del artículo 7.4 LBRL. El artículo 55 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, permite que una ley aprobada por mayoría cualificada por la Asamblea de Extremadura establezca las competencias autonómicas susceptibles de ser gestionadas por los municipios. Este precepto se materializó en la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura y, concretamente, en materia de servicios sociales, en su artículo 15.1.d).

3. Teniendo en cuenta que en el momento de iniciarse las obras no se llevó a cabo el expediente de municipalización del servicio, ¿se deberá iniciar ahora que la obra ya está prácticamente ejecutada dicho expediente para poder prestar el servicio?

A todo lo anterior sumar que el Ayuntamiento desea gestionar la empresa mediante un contrato de concesión, en concreto, de concesión de obra y servicio en virtud del cual el concesionario se comprometerá a la terminación de las obras pendientes de ejecutar y prestar el servicio”.

A los anteriores antecedentes, y solicitada asistencia por órgano competente, les resultan de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- COMPETENCIAS MUNICIPALES, CON CARÁCTER GENERAL.- Dentro del régimen competencial de las entidades locales, el artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) contempla dos categorías: competencias propias y competencias atribuidas por delegación.

A) COMPETENCIAS PROPIAS:

Respecto de las competencias propias, el apartado 2 del citado artículo dispone que *“solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”*.

La configuración de las competencias propias vendrá determinada, pues, por la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias. Corresponde, pues, a las leyes sectoriales (estatales y autonómicas) la atribución de competencias a las entidades locales atendiendo a *“las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

La posibilidad de que las comunidades autónomas atribuyan a las entidades locales competencias con carácter de propias mediante ley quedó indudablemente definida tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo y 111/2016, de 9 de junio (ambas de 2016), en las que se afirma que *“este artículo (25 de la LRBRL) no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias”*.

Asimismo, afirma el Tribunal Constitucional que *“las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 de la Ley de Bases, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas”*. Esas exigencias, que deben cumplir las leyes de atribución de competencias, son las siguientes: *“Estas normas deben en cada caso:*

1) «evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera»;

2) «prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto de las Administraciones Públicas»;

3) «ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad» y, si la ley es estatal, «de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados»;

4) garantizar que «no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública» (apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LRBRL)”.

En Extremadura, la administración autonómica ha hecho uso de la facultad contemplada en el artículo 7.2 de la LRBRL, atribuyendo a los municipios un elenco de competencias propias en la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura. Esta Ley 3/2019 se refiere a las competencias propias de los municipios en su artículo 15, enumerando una serie de competencias que los municipios *“podrán ejercer”*.

En todo caso, la atribución de competencias propias se vincula, tanto en la LRBRL como en la extremeña Ley 3/2019, a los principios de sostenibilidad de la

hacienda y suficiencia financiera. Así, con arreglo al apartado 4 del artículo 25 LRBRL, la Ley que determine el carácter competencial propio *“debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales (...)”*.

Del mismo modo, el artículo 44 de la extremeña Ley 3/2019 dispone, en relación con las nuevas competencias y servicios municipales, lo siguiente:

“1. Las leyes sectoriales que concreten las competencias propias municipales establecidas en el artículo 15 o complementen las materias y funciones allí establecidas, **deberán determinar en todo caso los medios de financiación necesarios** a través de los cuales los ayuntamientos podrán hacer frente a las actividades, servicios o prestaciones que tales leyes recojan. La asunción efectiva de las facultades de fomento o de gestión de esas competencias por parte de los municipios mediante su reconocimiento expreso en leyes sectoriales deberá comportar correlativamente la reestructuración administrativa y de gasto afectado por esa competencia de la Administración de la Junta de Extremadura.

2. Igualmente, a efectos de **garantizar los principios de autonomía y suficiencia financiera de los municipios** y demás entidades locales, las citadas leyes deberán prever una memoria económica en la que se recoja expresamente el análisis de impacto que el ejercicio de esas funciones y facultades de competencia propia municipal representan para la Hacienda local respectiva, así como la disminución del gasto público que implica para la Administración de la Junta de Extremadura”.

La Ley 3/2019 establece un **régimen transitorio** para la adaptación de la normativa sectorial que permita implantación efectiva de estas competencias municipales propias de nueva atribución. En concreto, la disposición transitoria 1ª de la Ley 3/2019 dispone que:

“1. Mientras la Asamblea de Extremadura no proceda a aprobar o modificar las leyes sectoriales que concreten en sus respectivos ámbitos materiales las funciones y facultades establecidas en el artículo 15 de la presente ley, los municipios continuarán ejerciendo las competencias que les atribuye la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y se garantizará que para el ejercicio de tales funciones o facultades disponen de la financiación correspondiente. Por consiguiente, mientras esa modificación de la legislación sectorial no se produzca, la Junta de Extremadura o las Diputaciones Provinciales, en su caso, podrán financiar tales competencias en los mismos términos que se venían haciendo hasta la entrada en vigor de la presente ley, incluida la posibilidad de establecer líneas de subvenciones condicionadas o la celebración de convenios finalistas durante ese periodo.

2. Las competencias recogidas en el artículo 15 de esta ley, así como las actividades, servicios o prestaciones que se deriven de ellas, tienen, en todo caso, el carácter de competencias propias y no están sujetas al régimen establecido en el artículo 14 de la presente ley (referido al ejercicio de competencias distintas de las propias). En relación con los ámbitos materiales previstos en tal precepto y mientras la legislación sectorial no se adapte a tales previsiones, los municipios podrán ejercer tales competencias mediante financiación propia o mediante convenios de colaboración con la Administración correspondiente, que garantizará transitoriamente los recursos necesarios para el ejercicio de esas funciones o facultades”.

B) COMPETENCIAS DELEGADAS Y OTRAS COMPETENCIAS:

En segundo lugar, el artículo 7.3 contempla la delegación de competencias en las entidades locales, por parte del estado y las comunidades autónomas.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 7 de la LRBRL se refiere a la posibilidad de que las entidades locales ejerzan competencias *“distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”*. El despliegue de este tipo de competencias queda supeditado a dos requisitos que, en resumen, son el mantenimiento de la sostenibilidad

financiera de la hacienda municipal y evitar la ejecución simultánea del mismo servicio público con otra administración pública. Para ello se exigen los informes previos: de la administración competente por razón de materia (estado o comunidad autónoma), en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la administración que tenga atribuida la tutela financiera (en el caso de los municipios cacereños, el Ministerio) sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. Estos informes no se requieren para el ejercicio de competencias propias.

SEGUNDA.- ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES.- El desarrollo del marco competencial de los municipios se recoge en el capítulo III del título II de la LRBRL, cuyo artículo 25 permite a los municipios la promoción de actividades y la prestación de los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, en los términos previstos en este artículo.

El apartado 2 del citado artículo 25 de la LRBRL enumera una serie de competencias, relacionadas con aquellas materias en las que los municipios ejercerán competencias como propias *“en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”*. En materia de servicios sociales, este artículo se refiere únicamente a la *“evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”*.

En Extremadura, el artículo 15 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, señala, en el ámbito de los servicios sociales, que los municipios *“podrán ejercer las siguientes competencias propias, que se despliegan sobre las siguientes áreas de actuación municipal: (...) En las materias o ámbitos de servicios y atención a las personas, los municipios dispondrán de las siguientes competencias:*

1.º Ordenación, planificación, programación, fomento y gestión de los servicios sociales y de las políticas de inclusión social. (...)”.

En esta materia, como queda señalado, será la legislación sectorial la que concrete las facultades que los municipios pueden desarrollar como parte de sus competencias propias. De acuerdo con el artículo 17.2 de la Ley 3/2019, las leyes sectoriales que concreten los ámbitos materiales y determinen las funciones o facultades de estas competencias propias municipales, *“deberán ir acompañadas de una memoria económica que refleje el impacto de tales competencias sobre los recursos financieros de las Administraciones afectadas y **el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o de la actividad.** Tales leyes **deberán prever también la dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de los municipios,** sin que ello pueda llevar en ningún caso un mayor gasto de las Administraciones Públicas en su conjunto”*.

En el ámbito de los servicios sociales, la norma sectorial autonómica es la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura (anterior a la Ley 3/2019, y que no ha sido objeto de adecuación a la citada norma). La disposición adicional cuarta de la Ley 3/2019 se refiere concretamente a la financiación de la gestión municipal del sistema de servicios sociales, señalando:

“1. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, se creará una Comisión de estudio y propuesta compuesta por representantes de la Junta de Extremadura, la Federación Extremeña de Municipios y Provincias y dos técnicos de la red de servicios sociales que analice la cartera de servicios sociales y los impactos financieros que para las haciendas municipales tiene la gestión de tales servicios.

2. Asimismo, la citada Comisión deberá identificar los déficit de asignación financiera que para los municipios extremeños tiene la gestión de aquellos servicios sociales que, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, no gozan, según la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, del carácter de competencias propias municipales.

3. La propuesta de la Comisión será elevada al departamento competente de la Junta de Extremadura en la materia, con la finalidad de que se adopten las medidas normativas y financieras necesarias para adecuar transitoriamente esos desajustes competenciales o los déficit de financiación detectados.

4. Las competencias propias de los municipios en materia de servicios sociales establecidas en el artículo 15.1.d) 1.º, habilitan a los ayuntamientos para prestar tales servicios, si bien el legislador sectorial que regule esta materia con posterioridad a la presente ley podrá modular la cartera de servicios teniendo en cuenta la capacidad de gestión y de recursos de los diferentes municipios. En todo caso, la Comisión establecida en los apartados anteriores podrá realizar propuestas en relación con esta materia”.

No hay constancia de que tales actuaciones hayan sido llevadas a cabo, por lo que nos encontraríamos ante una situación transitoria, en que la competencia ha sido atribuida como propia, pero la eficacia de tal atribución se encuentra condicionada por la necesidad de acreditar la sostenibilidad y suficiencia financiera, que aún no ha sido garantizada por la normativa sectorial. Del aseguramiento de estos principios dependerá la virtualidad de la atribución de las competencias como propias y, por tanto, la posibilidad de que los municipios ejerzan como propias las competencias en materia de servicios sociales.

TERCERA.- EJERCICIO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES.- Para analizar la situación de los municipios respecto del ejercicio de tales competencias, habría que diferenciar aquellos municipios que vienen prestando estos servicios desde antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2019, de los que pretenden asumir tales competencias como propias, en desarrollo de las previsiones del artículo 15 de la Ley 3/2019.

En el primero de estos casos nos encontramos ante competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación. Se trata de municipios que vienen prestando

estos servicios al amparo del régimen del artículo 7.4 de la LRBRL (que se mencionó en la consideración primera, apartado 1.B) del presente informe). Para estos casos será de aplicación la disposición transitoria 1ª de la Ley 3/2019, que permite que los municipios continúen prestando estos servicios, debiendo estar garantizada la suficiencia de financiación.

En el supuesto de municipios que pretenden prestar estos servicios amparándose en la atribución de tales competencias como propias (ex artículo 15 de la Ley 3/2019), ha de reiterarse que la efectividad de esta aplicación queda limitada por la necesidad de adaptación de la normativa sectorial, así como la efectiva realización de las previsiones de la disposición adicional cuarta de la Ley 3/2019, *“con la finalidad de que se adopten las medidas normativas y financieras necesarias para adecuar transitoriamente esos desajustes competenciales o los déficit de financiación detectados”*. En tanto esas actuaciones no sean llevadas a cabo, la atribución del artículo 15.1 de la Ley 3/2019 tendrá efecto declarativo, pero no será efectiva, al no quedar garantizados los principios de sostenibilidad y suficiencia financiera.

Así pues, en tanto no queden garantizados estos principios, los municipios que deseen prestar estos servicios continúan limitados por las determinaciones del artículo 7.4 de la LRBRL, que ha de continuar aplicándose con el fin de asegurar que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. Por lo que se refiere al informe de no duplicidad (exigido por el artículo 7.4 de la LRBRL, será de aplicación el Decreto 15/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el procedimiento de emisión del informe de inexistencia de duplicidad para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación por las entidades locales de Extremadura.

**CUARTA.- EL CRITERIO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
SOBRE LA COMPETENCIA MUNICIPAL EN LA MATERIA.-** En el mismo

sentido de lo ya expuesto, la Dirección General de Estabilidad Presupuestaria y Gestión Financiera Territorial (dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública), afirma literalmente lo siguiente en la emisión de informes de sostenibilidad financiera relativos a esta cuestión:

“La disposición adicional cuarta de la Ley 3/2019, de 22 de enero, relativa a la financiación de la gestión municipal del Sistema de Servicios Sociales establece que, en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, se crearía una comisión de estudio y propuesta compuesta por representantes de la Junta de Extremadura, la Federación Extremeña de Municipios y Provincias y dos técnicos de la red de servicios sociales que analizase la cartera de servicios sociales y los impactos financieros que para las Haciendas municipales tiene la gestión de tales servicios.

Ante la falta de desarrollo de las leyes sectoriales, los municipios extremeños no disponen de una financiación propia asignada a estas competencias, de forma que las ejercen en los términos previstos en la disposición transitoria primera de la Ley 3/2019, de 22 de enero.

Lo anterior supone que los Ayuntamientos de Extremadura ejercen tales competencias con cargo a sus recursos propios o mediante convenios de colaboración con la Administración correspondiente, lo que implica que se trata del ejercicio de competencias definidas en el artículo 7.4 de la LRBRL.

En este sentido, es necesario señalar que debe darse cumplimiento al artículo 17 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, relativo a las exigencias derivadas de la atribución por ley de competencias propias a los municipios, el cual exige que las leyes sectoriales que concreten los ámbitos materiales y determinen las funciones o facultades de las competencias propias municipales se acompañen de una memoria económica que refleje el impacto de tales competencias sobre los recursos financieros de las Administraciones afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o de la actividad. Y en tanto que tales

leyes no prevean la dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de los municipios, sin que ello pueda suponer, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas en su conjunto, se hace necesario emitir el informe de sostenibilidad financiera derivado del artículo 7.4 de la LRBRL”.

QUINTA.- SOBRE LA NECESIDAD DE TRAMITAR EL EXPEDIENTE DE MUNICIPALIZACIÓN.- Para que una actividad prestacional de contenido económico se convierta en servicio público se requiere una declaración expresa, que puede ser de dos tipos:

- a) Por un lado la *publicatio legal* (en que una ley califica determinadas actividades como servicios públicos locales, como hace de forma general el artículo 26 de la LBRL, o determinadas normas sectoriales).
- b) Junto a estos servicios públicos cabe situar los que podemos denominar “*opcionales*”, que se asumen como tales por decisión del ente municipal, al entender que se trata de una actividad de interés general, que debe ser prestada a todos los ciudadanos en régimen de servicio público -continuidad, asequibilidad, calidad e igualdad-. Es decir, que el ente local, en el marco de sus competencias, asume como responsabilidad propia la garantía de una determinada prestación a favor de los ciudadanos. En este momento nace el servicio público opcional. Este sería el caso del servicio de residencia de mayores.

La forma de creación del servicio público condiciona el procedimiento de municipalización. Cuando es la ley la que define las actividades de contenido económico que son servicios públicos, la municipalización deviene determinada por la norma, y se sucederá de la decisión posterior sobre la fórmula (directa o indirecta) de prestación del servicio. Por el contrario, si se trata de un servicio opcional, la municipalización se vincula a la decisión municipal de convertir una actividad privada en servicio público. En este segundo caso, municipalizar significa crear el servicio público y asumir la responsabilidad de su prestación a favor de todos los ciudadanos. En

ambos casos municipalizar es asumir la garantía de una prestación (no necesariamente asumir la gestión directa de esta prestación).

En el supuesto planteado, la actividad prestacional del servicio de residencia de mayores no excluye la actividad privada (ya que para llevar a cabo esta exclusión se requeriría una ley). La municipalización consiste en la asunción de la prestación efectiva del servicio por el ayuntamiento. En un segundo momento, éste decidirá si lleva a cabo esta prestación de forma directa o indirecta.

La gestión de servicios públicos por parte de los municipios requiere el cumplimiento de los requisitos recogidos por el artículo 85 de la LRBRL, conforme al que los servicios públicos *“habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente”*.

Por su parte, el artículo 86 de la propia LRBRL dispone que *“las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.*

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

En este marco, la municipalización consiste en reconocer la competencia y titularidad pública sobre el servicio, permitiendo así al Ayuntamiento organizar y controlar su prestación, eligiendo la fórmula de gestión acorde a las exigencias del citado artículo 85 de la LRBRL. En cualquier caso, a la hora de seleccionar la más

adecuada entre las posibilidades de gestión deberá estudiarse el coste del servicio (imprescindible para valorar la conveniencia y oportunidad de la medida en conformidad con los artículos 86 de la LRBRL y 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 –TRRL–), debiendo acreditarse que se trata de la forma de gestión más sostenible y eficiente. Así pues, la tramitación de un expediente, con publicidad o exposición pública, será obligatoria para cualquier forma de gestión por la que se haya optado, no por exigencia del artículo 85 de la LRBRL sino por imposición de los artículos 86 de la LRBRL y 97 del TRRL.

El citado artículo 97.1 del TRRL señala, a este respecto, lo siguiente: *“Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:*

- a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.*
- b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.*
- c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y*
- d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local”.*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado ha precisado que la atribución de la gestión de un servicio de competencia local mediante concesión únicamente es legítima si la entidad local es titular de dicha competencia y realiza una municipalización formal del servicio, de modo que la gestión indirecta, a través de concesión, no puede suplantar el acto administrativo que declare la titularidad del municipio sobre la actividad (STC de 30 de abril de 2015, sobre contratación de servicios asistenciales por entidades del sector público).

El procedimiento de municipalización, preceptivo antes de la concesión, es garantía de seguridad jurídica y de adecuada cobertura del interés público, principios reforzados por la referida doctrina constitucional. Por ello, este expediente ha de ser anterior a la asunción de la gestión y, en todo caso, previo a la puesta en marcha material del servicio, ya que implica la atribución expresa de la competencia y la toma de decisión colegiada por el Pleno municipal sobre la conveniencia y forma de prestación.

En el supuesto planteado por el ayuntamiento, pese a haber sido iniciada la obra no se ha acordado por el pleno la asunción de la prestación del servicio en los estrictos términos legales. La ausencia de tramitación del expediente de municipalización, antes o durante la obra, no convalida la omisión de dicho trámite esencial.

Tanto la normativa como la jurisprudencia reiteran la obligatoriedad de dicho expediente antes del inicio de la prestación efectiva del servicio, precisamente para articular jurídicamente la competencia, justificar la modalidad de gestión y permitir su licitación o adjudicación. El expediente debe contener datos técnicos, financieros y un informe jurídico que avale la decisión y asegure la adecuación a la legalidad vigente en materia de régimen local, contratos del sector público y servicios sociales.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera la nulidad de actuaciones en las que se omite la municipalización y directamente se inicia la gestión o adjudicación del servicio, por vulneración del procedimiento legalmente establecido

(valga, por todas, la STS de 28 de enero de 2014 y jurisprudencia reiterada en relación con la necesidad de expediente de municipalización como presupuesto procedimental esencial).

En conclusión, aunque las obras estuvieran finalizadas, siendo esencial el trámite, si se ha omitido este trámite en fases previas, es imprescindible iniciar y completar el expediente de municipalización antes de licitar o adjudicar la gestión, pues es un presupuesto inexcusable de legalidad para el ulterior contrato de concesión. La omisión de este trámite podría determinar la nulidad de todo el procedimiento de puesta en funcionamiento y, por extensión, de la gestión ulterior.

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y consideraciones, los que suscriben elevan las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El régimen transitorio de la normativa de aplicación (en concreto, la disposición transitoria primera de la Ley 3/2019) requiere una continuidad en el ejercicio de la competencia para entender que el mismo puede continuar en las mismas condiciones. A juicio de los firmantes, esta exigencia se refiere a aquellos servicios que estuvieran siendo prestados con anterioridad a la citada Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura. La fecha de inicio de las obras no tiene trascendencia alguna a estos efectos, por lo que deberá tramitar el procedimiento preciso para el ejercicio de este tipo de competencias, determinado por el artículo 7.4 de la LRBRL.

SEGUNDA.- En respuesta a la segunda cuestión planteada, y a criterio de los firmantes, el Ayuntamiento no puede ejercer como propia la competencia en materia de servicios sociales y en concreto, la prestación del servicio de residencia de mayores, ni “borderar” la aplicación del artículo 7.4 LRBRL.



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

TERCERA.- Sobre la necesidad de tramitar el expediente de municipalización, el hecho de que no se hubiera tramitado con anterioridad no exime de la necesidad de hacerlo, aun cuando se hubiera iniciado la obra (en incluso si, como indica la solicitud del ayuntamiento, estuviera “*prácticamente ejecutada*”).