

Mediante escrito de fecha 4 de octubre de 2023, con entrada en el registro general en esta Diputación el citado día y número de registro 202399900014089, la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de XXX XXX XXX solicita la emisión de informe sobre "Viabilidad para gestionar la residencia municipal de la tercera edad a través de una empresa municipal o un organismo autónomo".

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2023, y número de registro 202399900014363, a requerimiento de subsanación de la Diputación, se aporta informe emitido por la Secretaria-Interventora de fecha 9 de octubre de 2023.

Atendiendo a lo solicitado se emite el presente

INFORME

I. - ANTECEDENTES.

PRIMERO.- Conforme se indica en el escrito de solicitud de informe presentado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de XXX XXX XXX, dicho Ayuntamiento viene gestionando de forma directa el servicio de Residencia Municipal de la Tercera Edad "XXX XXX XXX" desde el año 2003. Dicha gestión ha supuesto y supone pérdidas económicas para el Ayuntamiento.

La nueva Corporación, se plantea, para evitar estas pérdidas, gestionar el servicio a través de una empresa municipal o un organismo autónomo.

SEGUNDO.- En el informe emitido por Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de XXX XXX XXX con fecha 9 de octubre de 2023, se indica, entre otros, que:

El Ayuntamiento de XXX XXX XXX viene gestionando directamente la Residencia Municipal de la Tercera Edad desde 2003.

La Residencia cuenta con 30 plazas autorizadas, siendo la media de ocupación de 24 usuarios.

No tiene ninguna plaza concertada y no dispone de más recursos que las cuotas que pagan los usuarios. Estas cuotas, por debajo de las que se establecieron en un estudio económico llevado a cabo para modificar la Ordenanza fiscal reguladora del precio público, no llegan para hacer frente a los gastos que origina la Residencia, lo que hace que esta gestión suponga pérdidas económicas importantes para el Ayuntamiento.

II. - NORMATIVA APLICABLE

- Art.2, 7, 22.2 f), 25, 26,27, 85, 85 bis, y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (LRBRL)
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. (LRSAL)
- Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- Los artículos 30 a 36 y 41 a 112 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.
- Arts. 95 y 97 del RD Leg. 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)

- Artículos 15, 284 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (LCSP)
- Art. 44 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Apartado 6 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.(TRLRHL)
- Artículos 48, 49, 103 a 108 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP-.
- Artículo 31.1.20ª de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.
- Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha.

III. - FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: DETERMINACIÓN DE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES. RESIDENCIAS MUNICIPALES DE LA TERCERA EDAD.

A) MODELOS DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

Antes de proceder al análisis de la consulta planteada por la Alcaldía de XXX XXX XXX , hemos de tener en consideración que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ha rediseñado el modelo de atribución competencia! a los municipios establecido en la LRBRL, con el objetivo de clarificar las competencias que corresponden a las entidades locales, evitando duplicidades administrativas y garantizando los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y ello con la finalidad de garantizar la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos y evitar una mala gestión de los recursos públicos.

Esto implica que toda competencia debe tener un título jurídico que habilite al municipio a ejercerla, lo que vendrá a determinar el régimen jurídico que le resulte de aplicación, debiendo estar garantizada su sostenibilidad financiera.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LRBRL, el modelo competencial se articula fundamentalmente a través de:

Las competencias propias, que son las atribuidas por Ley. (artículos 2, 7.2, 25 y 26 de la LRBRL).

Las competencias delegadas, el Estado y las CCAA pueden delegarles competencias, (artículos 7.3 y 27 de la LRBRL).

Y las competencias impropias, que refieren la posibilidad de ejercer otras competencias distintas de las propias y de las delegadas siempre que se cumplan unos determinados requisitos (artículo 7.4 de la LRBRL).

B) CONSIDERACIÓN DE COMPETENCIA PROPIA

El artículo 25.2 e) de la LRBRL, indica que el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, entre otras, en las siguientes materias: *"Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social."*

Tras la entrada en vigor de la LRSAL, el artículo 25.2 de la LRBRL, ya no contempla la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.

En consecuencia, este tipo de servicios, (Residencias para personas mayores), no se encuadra dentro de las competencias municipales reconocidas en el artículo 25 LRBRL, ni dentro de los servicios municipales mínimos o esenciales contemplados en el artículo 26 de la citada norma.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye, en su artículo 31.1.20^a, a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha competencias exclusivas en materia de asistencia social y servicios sociales; promoción y ayuda a menores, jóvenes, **tercera edad**, emigrantes, personas con discapacidad y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

La Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, (anterior a la entrada en vigor de la de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre), establece en su artículo 59.1. d) como competencia de los municipios el promover el establecimiento de centros y servicios que constituyen el equipamiento propio de Servicios Sociales de Atención Primaria, y en su caso los de Atención Especializada.

Por su parte, la Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, establece en su artículo 3, que las Entidades Locales de Castilla-La Mancha seguirán ejerciendo las competencias atribuidas por las leyes de la Comunidad Autónoma anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL, de conformidad con lo dispuesto por la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, según lo establecido por el artículo 7.2 de la LRBRL.

La Disposición adicional única de la mencionada norma, determina, entre otros, que las competencias en materia de participación en la prestación de los servicios sociales, a las que se refieren las disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL, continuarán siendo prestadas por los municipios en tanto no sean asumidas por la Comunidad Autónoma, y según establezcan las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales, y que el resto de competencias en dichas materias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla-La Mancha por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la de la LRSAL, continuarán siendo ejercidas por estas, de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la LRBRL.

Hemos de recordar, que la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 3 de marzo de 2016, (recurso de inconstitucionalidad 1792-2014), declaró inconstitucional y nula, entre otras, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 27/2013, que regulaba la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales ya que, en la medida en que las disposiciones anuladas impiden a las CC.AA descentralizar servicios de su competencia, debe entenderse, tal y como indica el TC, que las mismas *«han superado el ámbito que la Constitución asigna a una regulación básica sobre atribuciones locales (art. 149.1.18 CE) y, con ello, han invadido las competencias autonómicas»*.

La nulidad de estas Disposiciones supone que las mismas han sido "expulsadas" del ordenamiento jurídico, por lo que, serán las Comunidades Autónomas, tal y como han venido realizando a través de su legislación, las que atribuyan competencias a los municipios en las materias a que se refieren las indicadas disposiciones, (servicios sociales), tanto a través de las leyes anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL, como las que se aprueben en el ejercicio de sus competencias sobre dicha materias.

A juicio de quien suscribe el presente informe, la gestión de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores, con independencia de que haya venido siendo prestado por el Ayuntamiento, no es una competencia propia de los municipios, y no encontraría cobertura como competencia propia atribuida por la Comunidad Autónoma en el citado artículo 59.1 d).

Q DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

Tras la LRSAL, en el afán de clarificar las competencias, la creación y gestión de una residencia de mayores se traslada al ámbito de las competencias delegables por la Comunidad Autónoma del art. 27 de la LRBRL. En caso de no producirse la delegación, entraría en juego su carácter de competencia distinta de la propia y delegada, pudiendo prestarse conforme a los criterios y procedimientos del art. 7.4 LRBRL.

No consta de la documentación facilitada por el Ayuntamiento de XXX XXX XXX , que se haya realizado una delegación por parte de la Comunidad Autónoma.

No olvidemos que, según el citado art. 27 LRBRL, la delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Asimismo, deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que ésta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.

No obstante, y sin perjuicio de que se pueda instar por el Ayuntamiento, la delegación es un acto administrativo que parte de la iniciativa de la administración delegante.

D) COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS O ATRIBUIDAS POR DELEGACIÓN.

Como se indicaba anteriormente en el presente informe, la gestión de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores, con independencia de que haya venido siendo prestado por el Ayuntamiento, no es una competencia propia de los municipios, y no encontraría cobertura como competencia propia atribuida por la Comunidad Autónoma en el citado artículo 59.1 d) de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, ni en la LRBRL.

Como señala el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 41/2016, rec. 1792/2014: *"Los municipios no pueden apoyarse en el art. 25.1 LRBRL para entenderse autorizados a promover cualesquiera actividades y servicios relacionados con /as necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".*

Las competencias distintas de las propias y de las delegadas no precisan de ser atribuidas ni por el Estado ni por las Comunidades Autónomas y solo pueden ejercerse por las Entidades Locales cuando concurren los siguientes requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4 de la LRBRL, en la redacción de la LRSAL:

- 1) Cuando no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, cumpliendo los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y
- 2) No se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

A estos efectos, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.4 de la LRBRL, y artículos 5 y 6 de la Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la LRSAL, el Ayuntamiento precisará como vinculantes, dos informes previos:

- a) De la Administración competente por razón de materia, la Comunidad Autónoma en este caso, en el que se señale la inexistencia de duplicidades y
- b) De la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Ambos informes son "vinculante entre sí", por lo que si cualquiera de los dos no fuese favorable no pueden prestarse los servicios ni siquiera con recursos propios.

Los Ayuntamientos podrán seguir prestando otras competencias, que esté ejerciendo actualmente, aunque no sea de las consideradas propias, siempre y cuando el mismo sea solvente o se le delegue por la administración que tenga la competencia, con la financiación suficiente. Es decir, se apuesta por un ejercido responsable de la Autonomía Local.

En consecuencia, en defecto de delegación por parte de la Comunidad Autónoma, el Ayuntamiento tendría que acudir, (en el supuesto de que su intención sea la de continuar con la prestación del servicio a la vía del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, pudiendo prestarse conforme a los criterios y procedimientos del art. 7.4 LRBRL. tras la emisión de los informes previos y vinculantes de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Con respecto a las competencias distintas de las propias y de las delegadas que ya se vinieran ejerciendo por las Entidades Locales antes de la entrada en vigor de la LRSAL, el criterio del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en relación con esta cuestión, en la *"Nota explicativa sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local"*, procede solicitar los informes preceptivos previstos en el artículo 7.4 de la LRBRL, que deben ser objeto de valoración en los términos que señala el citado artículo.

SEGUNDO: POSIBILIDAD DE SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO CON LA COMUNIDAD AUTÓNOMA PARA LA GESTIÓN Y FINANCIACIÓN DEL SERVICIO.

Una vez solventada la posibilidad de asumir la competencia por parte de la Administración Local, una alternativa de financiación del servicio pasaría por formalizar el correspondiente convenio con la administración autonómica para la gestión conjunta del servicio, tal y como apunta la legislación autonómica.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene las competencias en materia de servicios sociales en el territorio de la Comunidad Autónoma, así como la gestión y ordenación del Sistema Público de Servicios Sociales en los términos establecidos en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre y en aquella otra normativa que sea de aplicación. A las Corporaciones Locales les corresponde el desarrollo y la gestión del Sistema Público de Servicios Sociales, en los términos establecidos en la citada Ley y en la normativa que sea de aplicación, y se ejercerá bajo los principios generales de coordinación, y cooperación que han de regir la actuación administrativa.

Corresponden a la Consejería competente en materia de servicios sociales, entre otras, las siguientes competencias: Promover y fomentar las fórmulas de gestión conjunta con las Corporaciones Locales en materia de servicios sociales.

Establece la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, que la Comunidad Autónoma garantizará la suficiencia y la estabilidad financiera necesaria para hacer frente a los gastos derivados del ejercicio de sus competencias en materia de servicios sociales, asegurando las prestaciones garantizadas del Sistema Público de Servicios Sociales. Las Corporaciones Locales deberán consignar en sus presupuestos las dotaciones necesarias para la financiación de los servicios sociales de su competencia, de acuerdo a la participación financiera que se establezca.

En este sentido el artículo 57 de la LRBRL prevé la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante, entre otros, los convenios administrativos que suscriban.

Tal y como indica este precepto, el convenio deberá: *"mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera"*.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 48 de la LRJSP, los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio, en tanto que el artículo 49 de la LRJSP señala que los convenios deberán incluir, entre otros extremos, las obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.

En cualquier caso, el convenio deberá ajustarse a las formalidades de la LRJSP.

TERCERO: MODIFICACIÓN PRECIO PÚBLICO POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO

En el informe emitido por la Secretaria municipal del Ayuntamiento de XXX XXX XXX , con fecha 9 de octubre de 2023, se pone de manifiesto entre otros, que la Residencia municipal de la Tercera Edad, no tiene ninguna plaza concertada y no dispone de más recursos que las cuotas que pagan los usuarios, añadiendo que estas cuotas, por debajo de las que se establecieron en un estudio económico llevado a cabo para modificar la Ordenanza fiscal reguladora del precio público, no llegan para hacer frente a los gastos que origina la Residencia, lo que hace que esta gestión suponga pérdidas económicas importantes para el Ayuntamiento.

Ello supone un incumplimiento de lo previsto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que dispone que el importe de los precios públicos habrá de cubrir, como mínimo, el coste del servicio prestado o de la actividad realizada. No obstante, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la Entidad podrá fijar precios públicos por debajo del coste, debiendo consignarse en estos casos en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante.

El artículo 26.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, exige que toda propuesta de establecimiento o modificación de la cuantía de precios públicos deberá ir acompañada de una memoria económico-financiera que justificará el importe de los mismos que se proponga y el grado de cobertura financiera de los costes correspondientes.

Procedería en consecuencia modificar el precio público, para adaptar los mismos, a la memoria económico-financiera, que conste en el expediente. Si el Ayuntamiento de XXX XXX XXX ha decidido fijar precios públicos por debajo del coste, habrá de realizar la correspondiente consignación presupuestaria para la cobertura de la diferencia resultante.

En el informe de la Secretaria se hace referencia a la existencia de ordenanza fiscal que lo regula como precio público, por lo que se entiende que existe concurrencia del sector privado en el mismo sector de actividad dentro del término Municipal de XXX XXX XXX.

En todo caso, se ha de dejar constancia que el artículo 20.4 ñ) del TRLRHL, establece que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, entre otros, por los siguientes: Asistencias y estancias en hogares y residencias de ancianos.

Conviene traer a colación los supuestos en que procede la exigencia de tasa, precio público, prestación patrimonial no tributaria o precio privado.

En este sentido, la Consulta vinculante nº V1511-19, de 21 de junio de 2019, de la DGT, considera que:

"Si la prestación de este servicio como competencia del Ayuntamiento es de carácter coactivo para los ciudadanos, es decir, cumple los requisitos del artículo 20, apartados 1 y 2 del TRLRHL (no es de solicitud o recepción voluntaria para los administrados o dicho servido no se presta por el sector privado), la prestación patrimonial que se establezca deberá configurarse como:

Tasa: si se presta directamente por el propio Ayuntamiento por sus propios medios, sin personificación diferenciada.

Prestación patrimonial de carácter público no tributario: si se presta mediante alguna de las formas de gestión directa con personificación diferenciada (como es la sociedad mercantil local o entidad pública empresarial) o mediante gestión indirecta a través de /as distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos (como es la concesión administrativa).

Si la prestación del servicio no cumple ninguno de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 20 del TRLRHL para su configuración como tasa (el servicio tiene carácter voluntario y se presta también por el sector privado), en este caso, la prestación patrimonial que se establezca se configurará como:

Precio público: si se presta directamente por el Ayuntamiento.

Precio privado: si se presta mediante alguna de /as formas de gestión directa con personificación diferenciada o mediante gestión indirecta!"

Hay que partir de la base que de las Residencias de Mayores no son ni de recepción obligatoria ni, en sentido estricto, son indispensables para la vida social o privada. Por tanto, la única forma de que puedan tener el carácter de tasa es que exista "monopolio de hecho" por no ser prestado el servicio por el sector privado. Hay que tener en cuenta que el monopolio de hecho, como no podría ser de otra forma, debe ser referido al término municipal, ámbito territorial en el que el municipio ejerce sus competencias conforme al art. 12 de la LBRL. Es decir, no deben incluirse los servicios que se presten en municipios colindantes, porque si se admitiera tal posibilidad, dadas las facilidades para el transporte, habría que concluir que nunca existiría monopolio de hecho, porque a una distancia más o menos asequible siempre habría un municipio o ciudad donde se prestara el servicio. Entendemos que habría tasa si no se presta por el sector privado y precio público si se presta.

En el caso de que se diesen las circunstancias de que exista "monopolio de hecho" por no ser prestado el servicio por el sector privado, si se presta mediante alguna de las formas de gestión directa con personificación diferenciada (como es la sociedad mercantil local o entidad pública empresarial) o mediante gestión indirecta a través de las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos (como es la concesión administrativa), nos encontraríamos ante una prestación patrimonial de carácter público no tributario.

En definitiva:

1º.- Si existe otra u otras residencias de ancianos privadas en el término municipal de XXX XXX XXX , la prestación patrimonial será un precio público si se presta por sus propios medios por el Ayuntamiento. Y si se presta de forma indirecta o directa mediante personificación estaremos en presencia de un precio privado.

2ª. Si no existen otras residencias de ancianos en el término municipal, estando sólo la residencia de ancianos municipal, de prestarse directamente por el Ayuntamiento sería una tasa y si se presta de forma indirecta o directa mediante personificación estaremos en presencia de una prestación patrimonial pública no tributaria.

En función de las circunstancias concurrentes en el municipio de XXX XXX XXX , y la forma de gestión que se adopte, habrá que aplicar la prestación patrimonial correspondiente, previa tramitación del procedimiento que legalmente proceda.

CUARTO: MODALIDADES DE GESTIÓN SERVICIOS PÚBLICOS. GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Analizando ya los términos concretos de la consulta realizada por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de XXX XXX XXX , relativa a la viabilidad para gestionar la residencia municipal de la tercera edad a través de una empresa municipal o un organismo autónomo, efectivamente, tal como se indica en el informe emitido por la Secretaria municipal del Ayuntamiento de fecha 10 de octubre de 2023, los servicios públicos locales pueden gestionarse a través de alguna de las siguientes modalidades indicadas en el artículo 85.2 de la LRBRL, indica:

A- Gestión directa a través de alguna de las siguientes modalidades:

- 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.

Como se advierte, dentro de las modalidades de gestión directa, se contemplan las figuras del Organismo Autónomo Local y la Entidad Pública Empresarial Local.

La utilización de las formas previstas en las letras c) y d) únicamente podrá realizarse cuando quede acreditado en la 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 por medio de las modalidades contractuales previstas en la legislación vigente.

Es de resaltar que, en virtud de la LCSP, la gestión indirecta ha quedado reconducida a la vía de la concesión de servicios.

En la elección de la forma de gestión deberá tenerse en cuenta que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa.

El 86.1 de la LRBRL, incide en 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.

A estos efectos, de conformidad con lo dispuesto en la referida normativa, y dado que estaríamos ante el expediente de modificación de la forma de gestión de un servicio público e independientemente del tipo de gestión y en el artículo 4.1.b).5º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, el órgano interventor deberá elaborar informe previo a los efectos de evaluar la repercusión económico-financiera y los efectos de la iniciativa planteada en la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de la modificación de la forma de gestión planteada.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia —STS 4724/2003, de 4 de julio de 2003, entre otras—, con carácter general, el establecimiento de un servicio público, en términos de actividad de mercado, exige la previa tramitación del procedimiento indicado en el precitado artículo 86 LBRL, por lo que deberá seguirse dicho procedimiento siempre y cuando no estemos ante uno de los servicios mínimos obligatorios regulados en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. De igual manera, la modificación de la forma de gestión del servicio público deberá llevarse a cabo observando el mismo procedimiento seguido para su establecimiento.

La modificación en la forma de gestión del servicio público recae sobre un servicio público de contenido eminentemente económico, por lo que exige la tramitación del expediente de conveniencia v oportunidad previsto en los artículos 86 LBRL v 97 TRRL. En el presente caso estaríamos a su vez, ante el ejercicio de actividades en régimen de libre concurrencia donde resultará preciso acuerdo del pleno de la Corporación.

En concreto, en el artículo 85 bis de la LBRL, se recogen las peculiaridades de la gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales.

Se recuerda que de conformidad con la DÍSP. Adic. 9ª punto 1 de la LRBRL las Entidades Locales no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades v demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

GESTIÓN DIRECTA: ESPECIALIDADES Y ESTATUTOS ORGANISMO AUTÓNOMO LOCAL Y ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL LOCAL

De conformidad con el citado artículo 85 bis, la gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirá por lo dispuesto en los artículos 103 a 108 de la LRJSP, en cuanto les resulte de aplicación, con las siguientes especialidades:

- Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la Entidad Local, quien aprobará sus Estatutos. Deberán quedar adscritos a una Concejalía, Área u órgano equivalente, o a un Organismo Autónomo Local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.
- El titular del máximo órgano de dirección deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones Públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el

segundo. En los municipios de gran población, tendrá la consideración de órgano directivo.

- Deberá existir un Consejo de Administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior; ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.
- La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno Local, según corresponda.
- Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes Concejalías, áreas u órganos equivalentes.
- Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la Concejalía, área u órgano equivalente.
- Será necesaria la autorización de la Concejalía, área u órgano equivalente a que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por la Entidad Local.
- Estarán sometidos a un control de eficacia por la Concejalía, área u órgano equivalente al que estén adscritos.
- Cualquier otra referencia a órganos estatales efectuada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP-, y demás normativa estatal aplicable, se entenderá realizada a los órganos municipales competentes.

Los Estatutos deberán contener lo exigido en el apartado 2º del artículo 85.bis, a cuyo tenor:

- La determinación de los máximos órganos de dirección, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el artículo 85.bis. 1, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
- Sus funciones y competencias, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.
- Los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.
- El patrimonio que se le asigna para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar la entidad.
- El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, conforme a la legislación sobre las Haciendas Locales y, en su caso, el régimen de organización de los municipios de gran población.

Los Estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo de la EPEL y Organismo Autónomo (art. 85.bis.3).

GESTIÓN INDIRECTA. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

Una vez reconocida la posibilidad de que el municipio preste dicho servicio, como se señalaba anteriormente en el presente informe, cabría, asimismo, optar por una gestión indirecta del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 B) de la LRBRL.

Es de resaltar que, en virtud de la LCSP la gestión indirecta ha quedado reconducida a la vía de la concesión de servicios del artículo 15 de la citada Ley, (Disp. Adic.3 4ª LCSP), en virtud del cual, uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título

oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

QUINTO: PROCEDIMIENTO MODIFICACIÓN DETERMINACIÓN FORMA DE GESTIÓN

Considerando que, en la consulta realizada, se plantea un cambio de forma de gestión, de la actual gestión directa por la propia Entidad Local, a la posibilidad de gestionarse por un Organismo Autónomo o por una Entidad Pública Empresarial Local, hemos de indicar que el procedimiento a seguir para la modificación determinación de la forma de gestión, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 86 de la LBRL y del 97 TRRL, será el siguiente:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

Por Resolución de Alcaldía se designará dicha Comisión de estudio, a fin de que se estudien las posibilidades y la justificación de la oportunidad y conveniencia de la modificación de la forma de gestión del servicio propuesta.

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.

Dicho procedimiento, establecido en el artículo 97 del TRRL, ha de ser completado con las previsiones recogidas en el artículo 85.2 A) de la LBRL, que exige, además, que para hacer uso de las formas previstas en las letras c) y d) de dicho artículo, (entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública respectivamente), debe quedar acreditado mediante Memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) de dicho precepto, (Gestión por la propia Entidad Local y Organismo autónomo 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. 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 -LOEPYSF-.

Se exige de mayoría absoluta para su aprobación, a la vista del tenor literal art. 47.2.k LRBRL, que establece que se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos de aprobación de la forma concreta de gestión del servido correspondiente.

Por su parte, el artículo 86 de la LRBRL, exige 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.

El órgano municipal competente para la tramitación y resolución de la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio, de acuerdo con lo determinado en el artículo 22.2-f) y 47.2 k) de la LRBRL y artículo 97 del TRRL.

Finalmente, en el caso de optar por una gestión directa del servicio a través de un Organismo Autónomo, o Entidad pública empresarial local, habrá que estar a las especificidades contempladas en el artículo 85 bis de la LRBRL, indicadas en el Fundamento Jurídico Cuarto del presente informe.

Como particularidad en la forma de gestión directa en la modalidad de Organismo Autónomo o Entidad Pública empresarial local, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis 3 de la LRBRL, los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente.

En consecuencia, los Estatutos deberán aprobarse siguiendo el procedimiento previsto en el art. 49 LRBRL para la aprobación de los reglamentos y ordenanzas, pero sin exigirse mayoría absoluta.

Téngase en cuenta, que conforme al citado artículo 49, la información pública y audiencia a los interesados es de un plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias, días que se consideran hábiles, mientras que el procedimiento establecido en el artículo 97 del TRRL para la determinación de la forma de gestión, incluye un periodo de información pública, no inferior a 30 días naturales, lo que ha de ser tenido en cuenta en el caso de simultanear ambos procedimientos.

Lo mismo cabría indicar en el caso de modificar en su caso, o redactar un nuevo reglamento del servicio, derivado de la modificación de la forma de gestión del servicio.

IV. - CONCLUSIONES

PRIMERA: La gestión de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores, con independencia de que haya venido siendo prestado por el Ayuntamiento, no es una competencia propia de los municipios, y no encontraría cobertura como competencia propia atribuida por la Comunidad Autónoma en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha.

SEGUNDA: De conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la LBRL cabría que, por parte de la Comunidad Autónoma, se delegue el ejercicio de sus competencias en materia de prestación de servicios sociales, en el caso que nos ocupa, la gestión de una Residencia para personas mayores.

TERCERO: En defecto de delegación por parte de la Comunidad Autónoma, el Ayuntamiento tendría que acudir, (en el supuesto de que su intención sea la de continuar con la prestación del servicio), a la vía del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, cuando no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, cumpliendo los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera pudiendo prestarse conforme a los criterios y procedimientos del art. 7.4 LRBRL, tras la emisión de los informes previos y vinculantes de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Ambos informes son "vinculante entre sí", por lo que si cualquiera de los dos no fuese favorable no pueden prestarse los servicios ni siquiera con recursos propios.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

CUARTA: Una vez solventada la posibilidad de asumir la competencia por parte de la Administración Local, una alternativa para financiar la gestión del servicio pasaría por suscribir el correspondiente convenio con la administración autonómica al amparo de la cooperación económica, técnica y administrativa, prevista en el artículo 57 de la LBRL, y en el marco de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, con el fin de promover y fomentar las fórmulas de gestión conjunta con las Corporaciones Locales en materia de servicios sociales.

QUINTA: Considerando que según los datos recogidos en el informe de la Secretaria del Ayuntamiento de XXX XXX XXX, las cuotas que abonan los usuarios se encuentran por debajo de las que se establecieron en el estudio económico llevado a cabo para modificar la Ordenanza fiscal reguladora del precio público, y que no llegan para hacer frente a los gastos que origina la Residencia, procedería modificar la ordenanza reguladora, para adaptar los precios públicos, a la memoria económico-financiera, que conste en el expediente. Si el Ayuntamiento de XXX XXX XXX ha decidido fijar precios públicos por debajo del coste, habrá de realizar la correspondiente consignación presupuestaria para la cobertura de la diferencia resultante, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 del TRLRHL.

En todo caso, en función de las circunstancias concurrentes en el municipio de XXX XXX XXX, y la forma de gestión que se adopte, habrá que aplicar la prestación patrimonial correspondiente, (tasa, precio público, prestación patrimonial no tributaria o precio privado), de conformidad con los criterios de aplicación de cada figura detallados en el fundamento jurídico tercero, previa tramitación del procedimiento que legalmente proceda.

SEXTA: En relación con la posibilidad de gestionar la residencia municipal de la tercera edad a través de una empresa municipal o un organismo autónomo, dichas formas se encuentran previstas en modalidades de gestión directa indicadas en el artículo 85.2 de la LRBRL, junto con la gestión por la propia Entidad Local y la Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Una vez que el municipio ostente la posibilidad de ejercer la competencia, bien de forma delegada o como distinta de las propias y de las atribuidas por delegación, en los términos señalados anteriormente en el presente informe, procederá tramitar el expediente de conveniencia y oportunidad y de modificación de la determinación de la forma de gestión previsto en el artículo 97 TRRL, en correlación con los artículos 85 y 86 LRBRL, y que se ha recogido en el fundamento jurídico quinto de los antecedentes.

En el caso de optar por la creación de una Entidad pública empresarial local, únicamente podrá realizarse cuando quede acreditado en la memoria justificativa elaborada al efecto que resulta más sostenible y eficiente que las formas de gestión por la propia Entidad Local y de Organismo autónomo local, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Se recuerda que de conformidad con la Disp. Adic. 9ª punto 1 de la LRBRL las Entidades Locales no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

SÉPTIMA: Por último, una vez que quede acreditado que el municipio pueda prestar el servicio de Residencia de Mayores, señalar la posibilidad de acudir a la gestión indirecta prevista en el artículo 85.2 B) de la LRBRL, por medio de las modalidades contractuales previstas en la legislación vigente, gestión indirecta que ha quedado reconducida a la vía de la concesión de servicios del artículo 15 de la LCSP, en virtud del cual, uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no supe en caso alguno a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, a la fecha y firma expresadas al margen