



INFORME

ASUNTO: SOLICITUD DE INFORME DEL GRUPO MUNICIPAL _____ DEL AYUNTAMIENTO DE _____, ENCOMIENDAS DE GESTIÓN _____

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de julio de 2017, tuvo entrada en el Registro General de la CARM escrito remitido por D. _____, en calidad de concejal del grupo municipal _____ del Excmo. Ayuntamiento de _____, poniendo en conocimiento de la Dirección General de Administración Local la aprobación por ese Ayuntamiento de una serie de encomiendas de gestión a favor de la sociedad pública _____, durante los ejercicios 2014-2015, planteando ciertas dudas sobre las normas por las que habrían de regirse, y su acomodo a derecho; solicitando por todo ello a este Centro Directivo la emisión del correspondiente informe jurídico.

La citada solicitud de informe versa sobre un total de 46 encomiendas de gestión, a las que el interesado dice referirse a modo ejemplificativo, sin embargo, solicita que la Dirección General de Administración Local se pronuncie sobre cuestiones que requieren un estudio pormenorizado de cada una de éstas.

SEGUNDO.- (...)

TERCERO.- (...)

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- 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).
- Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (LRLRM).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).
- 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 (TRLCSP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).



- Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia.
- Decreto 68/2017, de 17 de mayo, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES

PRIMERA.- COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE INFORME.

El artículo 40 de la LRBRL señala que las Comunidades Autónomas uniprovinciales (como el caso de la Región de Murcia) asumen las competencias, medios y recursos que corresponden en el régimen ordinario a las Diputaciones Provinciales. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 2 de la LRLRM, que establece que esta Comunidad Autónoma asume conforme a su Estatuto de Autonomía (artículo 18) las competencias de las Diputaciones Provinciales.

A.- Asesoramiento jurídico.

El artículo 36 de la LRBRL atribuye a la Diputación Provincial entre otras competencias, la **asistencia** y cooperación **jurídica**, económica y técnica **a los Municipios**, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión; competencias también encomendadas a la CARM, a través de la Consejería competente en materia de Régimen Local en el artículo 81 de la LRLRM.

En concreto, y a mayor abundamiento, el artículo 40.3.e) del Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, atribuye a la Dirección General de Administración Local el **asesoramiento a las Entidades Locales** sobre normativa vigente de Régimen Local, administración y gestión de las finanzas municipales, fiscalidad local, recaudación y policía local; correspondiendo al Servicio de Asesoramiento a Entidades Locales “el asesoramiento y emisión de informes y dictámenes que soliciten las **Corporaciones Locales** sobre materias competencias de las mismas”.

Una vez vista la competencia de este Centro Directivo para asesorar jurídicamente a Entidades Locales, debemos efectuar dos observaciones:

Una, que actualmente, y conforme a la realidad existente, son Entidades Locales en la Región de Murcia los municipios y las mancomunidades formalmente constituidas e inscritas en el registro de entes locales dependientes de la Administración del Estado.

Circunscribiéndonos a los municipios en el caso que nos ocupa, hemos de tener en cuenta que el artículo 19 de la LRBRL determina que **el Gobierno y la administración municipal**, salvo en aquellos municipios que legalmente funcionen en régimen de Concejo Abierto (supuesto que no se da en nuestra Región), **corresponde al ayuntamiento, integrado por el Alcalde y los Concejales**, pronunciándose en el mismo sentido el art. 2 del ROF.



En este orden de cosas y en virtud de todo lo anterior, entiende este Servicio de Asesoramiento a Entidades Locales (SAEL) que, los Concejales son miembros de la Corporación e integran el Ayuntamiento, por lo que se consideran legitimados para recabar el asesoramiento de este Centro Directivo, al igual que ocurre con el Presidente de la Corporación.

Y esto porque, los preceptos analizados nada indican cuando se refieren a los Concejales, que éstos deban ostentar competencias delegadas para participar en dicho Gobierno y administración municipal.

Dos, que a resultas de la reorganización operada en la Administración Regional, la Dirección General de Administración Local se encuentra adscrita a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, si bien ello no obstante, a efectos de estructura y competencias de sus unidades siguen siendo de aplicación los preceptos del Decreto 53/2001, de 15 de junio, que no contradicen normas posteriores.

B.- Control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales.

Por otra parte, dispone el art. 40.2.d) del Decreto 53/2001, de 15 de junio, que corresponde a la Dirección General de Administración Local proponer al Consejero de Presidencia (hoy de Hacienda y Administraciones Públicas) la resolución de los expedientes sobre: *“b) Impugnación, en el ámbito de las competencias de la Dirección General, de actos y acuerdos de las Corporaciones que infieran o menoscaben las mismas, infrinjan el ordenamiento jurídico, o excedan de las competencias de dichas entidades”*. Todo ello previo informe preceptivo de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, al amparo de lo dispuesto en el art. 22.4.c) del citado Decreto de Estructura.

La referida competencia relativa a la supervisión y el control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales se deriva directamente de lo previsto en los arts. 56 y ss. de la LRBRL. Y es que, tal y como establece el citado art. 56, las Entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas, estando facultadas ambas Administraciones, con el fin de comprobar la efectividad, en su aplicación y, respectivamente, de la legislación estatal y la autonómica, para recabar y **obtener información concreta** sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes (información que habrá de remitirse en el plazo máximo de 20 días hábiles, excepto en el supuesto de art. 67 de la LRBRL).

B.1.- Actuaciones que puede llevar a cabo la Comunidad Autónoma dentro del control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales.

Dentro del marco normativo señalado, cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad Local **infringe el ordenamiento jurídico**, podrá (art. 65 de la LRBRL, y 215 del ROF):

1) Requerirla, invocando el art. 65 de la LRBRL, para que anule dicho acto en el plazo de un



mes.

Ahora bien, dicho requerimiento ha de cumplir una serie de requisitos, y es que: a) ha de ser motivado; b) debe expresar la normativa que se estime vulnerada; y, c) debe respetar el plazo legal para realizar el mismo, esto es, **se formulará** (por la Administración facultada para su supervisión) **en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo** (por la Administración emisora del acto).

Si se hubiera solicitado ampliación de la información, quedará interrumpido el cómputo del plazo, que se reanudará a partir de la recepción de la documentación interesada.

Ante tal requerimiento, la entidad local, y en el plazo señalado para ello, podrá iniciar el procedimiento correspondiente para la anulación de dicho acto o acuerdo, o rechazar el mismo de forma razonada.

2) Impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, **en los dos meses siguientes al día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento**, si se produce dentro del plazo señalado para ello.

3) Impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, **en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo** (art. 46 de la LJCA).

Así mismo, el art. 66 de la LRBRL (y el art. 216 del ROF), faculta al Estado y a las Comunidades Autónomas a impugnar por los procedimientos antes señalados, **los actos y acuerdos de las Entidades locales que menoscaben sus competencias**. Si bien, esta impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda.

B.2.- Limitaciones al control de legalidad.

A pesar de que, como mantiene la STC 213/1988, los controles administrativos de legalidad no afectan al núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía de las Corporaciones Locales, **el sistema de control de legalidad de los actos de dichas entidades, no supone, sin embargo el reconocimiento de una legitimación absoluta e indiferenciada de Estado y las Comunidades Autónomas.**

Así, la STC 159/2001 de 5 de julio, insiste en que es constitucionalmente posible que existan controles de legalidad sobre los entes locales llevados a cabo por el Estado o por las Comunidades Autónomas dentro de los requisitos y límites establecidos por la propia jurisprudencia del TC.

Sentencias del TS como las de 14 de junio de 2006, 13 de octubre de 1998 y 17 de abril de 2007 y la STC 214/1989, de 21 de diciembre, sostienen que con impugnaciones como la presente, *en las que no se expresa cual es el verdadero interés en instar la nulidad de un acto administrativo de una entidad local* que no invade competencias del Estado, en realidad y de forma indirecta se invaden competencias de las entidades locales, desvirtuando la distribución constitucional de éstas, y ejerciendo además un control gubernativo que



encaja mal con la autonomía local, constitucionalmente garantizada y reforzada además en la Carta Europea de Autonomía local de 15/10/1985 ratificada el 20 de enero de 1988.

a) Limitación material: alcance de la legitimación de la Comunidad Autónoma.

La legitimación activa del Estado y las Comunidades Autónomas para ejercer el control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales previsto en la LRBRL, es una cuestión ciertamente controvertida, donde existen posiciones encontradas.

Una parte de la doctrina, y gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantienen la tesis que ya recogía la **STS de 13 de octubre de 1998** (invocada por muchas sentencias posteriores, sirva por todas, la de 28 de enero de 2013), **de que se trata de una legitimación que responde a la naturaleza bifronte del régimen jurídico de las entidades locales, en cuanto el Estado y las Comunidades Autónomas concurren a su determinación. De esta manera, se legitima a uno y otras en función del ordenamiento eventualmente infringido, bien por ser materia en la que es competente el Estado o la Comunidad Autónoma- art. 65 de la LRBRL-, o bien por invasión del respectivo ámbito competencial.**

En el mismo sentido, el TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 4 marzo de 2003, no entiende que los arts. 65 y 66 de la LRBRL legitimen indistintamente al Estado y la Comunidad Autónoma respectiva cuando dice que: *«... Este precepto no atribuye legitimación para impugnar los Acuerdos de las Corporaciones Locales que pudieran infringir el Ordenamiento Jurídico, en forma indistinta al Estado o a la Comunidad Autónoma, sino exclusivamente a uno o a otra, dentro del "ámbito de sus respectivas competencias", por lo que sólo cuando el acto de la Entidad Local recaiga en una materia sobre la que la respectiva Comunidad Autónoma tenga competencias, normativas o de ejecución, podrá ésta ejercer el control que representa la facultad impugnatoria...».*

Sin embargo, el propio TS en Sentencias de 13 de marzo de 1999 y 27 de junio de 2000, ha señalado que el problema de la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar actos emanados de las Entidades Locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, debe ser tratado con la amplitud a que obliga el conocido principio "pro actione" y, al mismo tiempo, con la que se deriva del no menos amplio criterio con que ha de analizarse el concepto de interés legítimo, de modo que la expresión "en el ámbito de sus respectivas competencias", que se contiene en el artículo 65, no puede ser interpretada con criterio literalista, sino con la amplitud que exige el tratamiento de una cuestión de legitimación.

Además, la mencionada STS de 27 de junio de 2000, abunda en que la legitimación activa de las Comunidades Autónomas puede también fundarse en el régimen general del artículo 63 de la LRBRL, con tal que la declaración que se pretenda del órgano jurisdiccional suponga un beneficio o utilidad en el más amplio sentido del término.

La STS de 30 de octubre de 1999, afirma que, la Comunidad Autónoma está legitimada para impugnar las ordenanzas fiscales de un municipio en la medida en que, en primer lugar, su legitimación debe interpretarse a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional que ha concebido el interés legítimo en un sentido sumamente amplio; en



segundo lugar, habida cuenta que las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de tutela financiera de las entidades locales.

Advertencia: Con posterioridad a la emisión de este informe, y en el seno de otro expediente, la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Presidencia y Fomento ha evacuado informe con fecha 6 de marzo de 2018, en el concluye que la CARM sólo está legitimada para impugnar actos y acuerdos de las Entidades Locales respecto de los cuales la Comunidad Autónoma tenga capacidad normativa o menoscaben sus competencias constitucionales y estatutarias, y siempre en el marco del art. 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, rechazando cualquier otra interpretación que defienda un mayor alcance de tal legitimación.

b) Limitación temporal.

El citado control de legalidad, como indican los preceptos revisados, también encuentra limitaciones para su ejercicio en la esfera temporal, no encontrándose la facultad de las mencionadas Administraciones activa sine die.

En este sentido la Sentencia del TS, S^a 3^a de 17 de marzo de 2014, casación 1480/2011, recogió que el *principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución impide que se pueda considerar permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso contencioso frente a un acto administrativo que ha sido suficientemente conocido por la Administración General del Estado en un momento determinado.*

Así, al albor de los arts. 65 y 66 de la LRBRL diremos que, la Comunidad Autónoma dispone de los siguientes plazos para ejercitar el mencionado control de legalidad, que han de ser cumplidos de forma inexorable:

- *Quince días hábiles, a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo, para requerir a la entidad local la anulación del acto.*
- *Dos meses para impugnar el acto en la jurisdicción contenciosa, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación del rechazo de la misma.*

Señaló el Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) entre otras en sus sentencias de 14 de abril de 2011 (casación 2148/2007) y 19 de abril de 2012 (casación 6401/2009), que el plazo de 2 meses legalmente establecido para interponer un recurso contencioso-administrativo frente a una resolución expresa es de cumplimiento inexcusable, debiéndose inadmitir de plano los recursos interpuestos tras su vencimiento. Y ello aún en el supuesto de que se invoquen vicios de nulidad de pleno derecho frente al acto administrativo recurrido.

Por otra parte, la STS de 29 de septiembre de 2005 viene a reforzar la postura de que la petición de información suspendería los plazos “vivos”, pero nunca rehabilitaría plazos ya fenecidos conforme reiterada jurisprudencia del TS, sin perjuicio a mayores del carácter restrictivo que habrá de darse a este control de la legalidad de los actos de las entidades locales al pugnar con el principio de autonomía local. Recoge expresamente la misma, que: “... la Ley jurisdiccional hace una expresa remisión a la regulación del régimen local para las impugnaciones que frente a actos de los entes locales puedan plantear otras



Administraciones públicas. Y dicha regulación de régimen local no solo prevé una específica comunicación con dicha facultad, sino también que es la fecha de recepción de esta comunicación la que determina el inicio del cómputo del plazo de impugnación jurisdiccional”.

Especial relevancia presenta la STS 875/2011 (recurso de casación en interés de Ley) que realiza una interpretación del art. 65.2 en relación con el art. 56.1 de la LRBRL, fijando el “dies a quo” del mencionado art. 65.2, concluyendo: ‘A los efectos del art. 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración Estatal o Autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley’.

Finalmente señalar que, como indica la STS de 5 de junio de 2003, la revisión del acto administrativo no la realizan la Administraciones facultadas para el control de legalidad, sino las propias entidades locales, o los Tribunales de Justicia.

La existencia de ese plazo “ad quo” para que la CARM pueda ejercer el control de legalidad de los actos y acuerdos de las Entidades Local, así como el resto de limitaciones a dicha facultad que han sido puestas de manifiesto en esta consideración jurídica, entre otras cuestiones, fundamentan lo indicando por este Centro Directivo en el oficio remitido al Sr. _____ con fecha 3 de octubre, en concreto, la improcedencia de requerir al Ayuntamiento de _____ (al albor de los arts. 56.2 y 64 de la LRBRL) los 46 expedientes sobre los que se interesa la emisión de informe jurídico.

Dicho esto, lamenta profundamente quien suscribe este informe que algo estrictamente fundado en derecho, haya podido ser interpretado por el Sr. _____ como una “pasividad que podría estar permitiendo la consolidación de actuaciones ilegales”, manifestaciones vertidas, permítase decir, sin pruebas, ni fundamentos jurídicos, al no haberse teniendo en cuenta en dicha perorata el procedimiento que para la mencionada “supervisión de actos y acuerdos locales” prevé el art. 56 y ss. de la LRBRL, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

B.3.- Asistencia Técnica a Municipios.

Por otra parte, alega el solicitante en su escrito de 27 de noviembre, que esta Dirección General “obvia” en el oficio de 3 de octubre sus competencias de “*asistencia técnica a los Ayuntamientos en la realización de obras y servicios de su competencia*”, prevista en el art. 40.3.f) del Decreto 53/2001, a lo que hay que indicar que efectivamente se omite la referencia a las mismas, pero no por un olvido, sino porque nada tiene que ver con la emisión del informe jurídico que nos ocupa.

Y esto porque, tal y como puntualiza el art. 47.1 del mencionado Decreto Regional, dichas funciones están atribuidas al Servicio de Asistencia Técnica a Municipios de esta Dirección General, concretándose, en:

a) La dirección, gestión y control técnico de todos los proyectos competencia de la Dirección General.



- b) La supervisión de proyectos que han de incluirse en los diferentes Planes de Cooperación, así como, en su caso, la dirección técnica de los mismos.
- c) Estudios y proyectos para el establecimiento de la infraestructura y equipamiento que permitan asegurar la prestación de servicios mínimos municipales.
- d) La realización de proyectos de obras para aquellos municipios que, no disponiendo de recursos suficientes, así lo soliciten.
- e) Apoyo técnico en la realización de proyectos, direcciones de obra y los informes necesarios a los diferentes órganos superiores en que se estructura la Consejería.
- f) Elaboración, actualización y mantenimiento de la Encuesta de Infraestructura y Equipamiento Local.
- g) Cualesquiera otras que le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias.

SEGUNDA: LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La encomienda de gestión es una manifestación de la potestad organizatoria de la Administración, o lo que es igual, de su potestad de autoorganización, que debe ejercer con respeto a lo dispuesto en la Constitución y en la ley.

Así, la Constitución Española (art. 128.2) y diversas Leyes, como son la LRBRL (art. 86) y el TRRL (art. 96), permiten que las Entidades Locales puedan ejercer actividades económicas, toda vez que, respecto de los servicios públicos, el art. 85.2.d) de la LRBRL incluye como instrumento de gestión directa para la prestación aquéllos que sean competencia local, a “las sociedades mercantiles locales, cuyo capital social sea de titularidad pública”.

A estos efectos deben efectuarse dos observaciones. La primera es que el citado precepto determina expresamente que esta opción, junto con la prevista de “entidad pública empresarial local” para la gestión directa de los servicios, queda condicionada a que se acredite mediante memoria justificativa elaborada al efecto que las mismas resultan más sostenibles y eficientes que la formas dispuestas en las letras a) y b) del mencionado artículo, es decir, “gestión por la propia entidad” u “organismo autónomo”, debiéndose tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, y exigiéndose una serie de informes y memorias al efecto. Y la segunda es que, el artículo 85 ter de la LRBRL dispone que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

a) Regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El art. 15.1 de la ya derogada LRJPAC (entendemos que de aplicación a todas las encomiendas ejemplificativas referidas por el solicitante en su escrito, ya que indica que se ejecutaron en 2014 y 2015 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, entró en vigor el 2 de octubre de 2016) establece que: *“la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”.*



Añade el citado precepto, a modo de regulación de dicha figura, que:

“2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

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

La Ley 30/1992 no contiene una regulación completa de la encomienda de gestión, sino que se limita a enunciar un tipo de relación-jurídica pública de carácter bilateral con un contenido que podría en algún caso tener naturaleza contractual a causa de la existencia de una contraprestación, diferente, de los convenios de colaboración.

Así, a la vista de este precepto, se han destacado (vid. artículo de Flor Espinar Maat, Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares) en la revista de Contratación Administrativa Práctica nº 141, de enero de 2016), las siguientes características de las encomiendas previstas en el artículo 15 de la LRJAP:

- Constituyen una relación jurídica bilateral de carácter voluntario entre órganos administrativos y/o entes de derecho público que pertenecen a la misma administración o a una diferente.
- El objeto del encargo puede ser una actividad material, técnica o la prestación de un servicio.
- No suponen la transferencia de la competencia por parte de quien hace el encargo a quien lo recibe, como tampoco de su ejercicio.
- El acuerdo de la encomienda, si se formaliza entre órganos o entidades de la misma administración –en los términos que establezca la normativa propia o por acuerdo expreso– debe publicarse en el boletín oficial que corresponda y tiene efectos constitutivos, esto es, que de su publicación depende su eficacia.



En cambio, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 30/1992, la encomienda entre órganos o entidades de diferentes administraciones debe formalizarse generalmente con la firma de un convenio.

b) Regulación de las encomiendas de gestión en el TRLCSP.

Por su parte, el **art. 4.1.n) del TRLCSP** (que presumimos de aplicación a las encomiendas ejemplificativas expuestas, sin que pueda precisarse por desconocer las fechas exactas en que las mismas fueron aprobadas, y ello al amparo del art. 15.5 de la LRJAP), **considera excluidos del ámbito de aplicación de esa Ley: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. 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”.**

Así, el artículo 24.6 de esta misma ley dispone que: *“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

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

c) Jurisprudencia europea.

Ante la ausencia de una definición de la encomienda de gestión en la legislación española, ha sido la jurisprudencia europea la que ha concretado el concepto de esos encargos directos que la Administración Pública viene formalizando con los organismos, entidades o entes que sujetan su actividad al Derecho privado.



Así, en pronunciamientos como el del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España, sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España C-84/2003; de 13 de octubre de 2005, caso Parking Brixen GMBH contra Gemeinde Brixen; de 10 de noviembre de 2005, **asunto C-29/2004, Comisión contra Austria**, entre otros, define lo que se viene denominando “contratos domésticos o in house providing” como la técnica jurídica a través de la cual una entidad territorial encarga la prestación de un servicio, la realización de un suministro o la ejecución de una obra de manera directa a favor de un ente instrumental, vinculado o dependiente del ente territorial que formaliza el encargo, sin aplicar los principios ni procedimientos de pública concurrencia previstos en la normativa contractual administrativa. Argumentando dichas sentencias que se trata de una facultad u opción organizativa propia de los entes territoriales que se fundamenta en la capacidad autorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener mayor eficiencia en los procedimientos de contratación.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene manteniendo que dicho tipo de negocio jurídico no puede suponer una huida de las normas de contratación, debiendo siempre respetar la Administración, de forma general, los principios inspiradores de la misma (publicidad, concurrencia, transparencia...). Por lo anterior, considera que, siendo las encomiendas de gestión una excepción a esa regla general, esta técnica requiere de una interpretación estricta, dejando la carga de la prueba de la existencia real y material de las circunstancias excepcionales que la justifican, a quien desee beneficiarse de ésta. Ahora bien, no debemos confundir las restricciones que el citado Tribunal prevé para la utilización de estos negocios jurídicos, con su total prohibición.

Así, en base a la doctrina sentada por este Tribunal, es posible efectuar encargos o encomiendas, que no tienen la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos que más adelante se desgranán:

- Que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de esta pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan.
- Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

c.1. El denominado “control análogo” en las encomiendas de gestión.

Esta exigencia implica que el encargo que se formalice haya de efectuarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de esta pero respecto de la cual ejerza un control análogo al que despliega sobre sus propios servicios. Ello supone que el ente al que se hace el encargo no es autónomo en la toma de decisiones, no existiendo una verdadera autonomía contractual. El criterio del «control análogo» presupone una dependencia estructural y un control efectivo, de manera que los trabajos que se encargan al ente instrumental no se gestionarían de forma diferente que si los ejecutase el ente dominante.



En Sentencias como la de 10 de noviembre de 2005 (Comisión contra República de Austria), ha dejado claro que *“Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación no es obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan”* (Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, apartado 50, y la de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau).

Eso no quiere decir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental sea suficiente para justificar el mencionado “control análogo”, ya que lo que realmente debe producirse es una total dominación de la entidad, a la hora de la determinación de su voluntad. En este sentido del Informe 1/2007, de 8 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, se desprende que para entender que la entidad tiene el carácter de medio propio y servicio técnico especializado porque se ejerza un control análogo, es necesario que en definitiva, exista la posibilidad real y efectiva para influir de manera determinante en las decisiones de medio propio.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2006, considera como indicio para tener la condición de control análogo que la **titularidad de las acciones sea totalmente pública**, y por otro, considera que el poder adjudicador no ejerce sobre la sociedad un control análogo cuando los estatutos de las entidades instrumentales confieran a los consejos de administración las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, y no reservan al ente adjudicador ninguna facultad de control ni le atribuye ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a los consejos de administración.

En el mismo sentido se pronuncia el citado Tribunal en sentencia de 11 de mayo de 2006, (asunto C-340/04, Carbotermo), al indicar que: *“El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”*.

Sensu contrario, viene considerando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la participación privada, aunque sea minoritaria, desvirtúa la consideración de ente instrumental, como medio propio.

A albor de lo anterior, se incorporó a nuestra legislación nacional el art. 24 del TRLCSP, que en su apartado 6 establece, como se ha indicado anteriormente que, *“a los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados **medios propios y servicios técnicos** de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”*.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y



cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

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

Finalmente señalamos lo recogido por José Juan Morant Ripoll, en la publicación "Contratación Pública Local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2001, de Economía Sostenible". Y es que, se desprende de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que deben concurrir para poder considerar que el ente matriz ejerce sobre el ente encomendado un control análogo a aquél que ejerce sobre sus propios servicios, las siguientes:

- Influencia determinante del ente matriz sobre los objetivos y decisiones del ente encomendado. No basta una influencia dominante.
- Sometimiento absoluto y efectivo del ente encomendado al ente matriz.
- Posesión de la totalidad del capital social, cuando el ente encomendado sea una entidad mercantil, por el ente matriz. No se da el control análogo cuando exista participación privada en la mercantil instrumental, aunque dicha participación sea minoritaria. La participación privada desvirtúa la influencia determinante y el control o sometimiento absoluto del ente instrumental.
- La dependencia estructural del ente instrumental para que el ente matriz pueda llevar a cabo la prestación del servicio, la realización del suministro o la ejecución de la obra.
- Limitación de las facultades del Consejo de Administración del ente instrumental de manera que no se suprima ni restrinja la facultad de control del ente matriz.

c.2. La prestación de parte esencial de la actividad del ente instrumental.

Otro requisito que viene exigiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que la entidad instrumental dedique la parte esencial de su actividad al ente o entes que la controlan, es decir, que el resto de su actividad tenga un carácter meramente accesorio (Sentencia del TSJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04).

Para determinar la cuestión anterior, se deberá realizar el correspondiente análisis del volumen de negocio del ente dependiente, y, únicamente si el resultado de dicha operación genera un importe accesorio a favor de las operaciones externas, se podrá entender que su actividad esencial lo es con respecto a la matriz.

c.3. Capital íntegramente público.

El último requisito requerido es que el capital del ente instrumental debe ser de titularidad totalmente pública, ya que la participación de la entidad adjudicadora con una



o diversas empresas privadas en el capital del ente determinaría que no hubiera un control análogo y no se podría entender que estos entes puedan ser medios propios, de manera que en estos casos los encargos deberían ser necesariamente objeto de un procedimiento de contratación. Extremo éste en el que no se incide más por haber sido tratado en el apartado c.1.

Como ya hemos indicado, el art. 85.2 de la LRBRL (modificado por la disposición final primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre) contempla expresamente que los servicios de competencia local puedan gestionarse de la forma más sostenible y eficiente mediante gestión directa e indirecta, destacándose para el caso que nos ocupa, la forma de gestión directa prevista en el apartado d) de dicho artículo, "*sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*" (y ello dado que en _____ el capital social corresponde al Ayuntamiento de _____ a en un 69,87%, y a la CARM en un 30,13%).

Esta forma de gestión directa de los servicios tiene su correspondiente correlación normativa en el TRLCSP, al disponer su art. 8.2, respecto al contrato de gestión de servicios públicos, que las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, **ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.**

Al hilo de lo anterior, y más allá de los supuestos de gestión de servicios públicos, en el ámbito local dichas entidades también pueden ser destinatarias de encomiendas de gestión, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos expuestos y exigidos por las Leyes y la jurisprudencia. Diremos que se admiten dichas sociedades mercantiles como forma de autoorganización administrativa para realizar encargos directos si se cumplen los requisitos del art. 24.6 del TRLCSP, al albor de las interpretaciones jurisprudenciales.

Considera José Juan Morant Ripoll en la mencionada obra: "*Concretando, pues, los entes y sociedades que pueden obviar el marco normativo de la LCSP, y precisamente a su amparo, y que ello pudiera suponer una eventual huida del derecho contractual administrativo, estos sujetos a los que se les puede encargar directamente la ejecución de las obras o prestación de servicios sin ningún tipo de publicidad ni concurrencia (porque forman parte de su estructura, de una u otra forma), siempre que: reúnan **los requisitos de medios propio y servicio técnico; control análogo; recepción obligatoria; reconocimiento expreso de medio propio y servicio técnico en sus estatutos o norma de creación; actividad principal realizada con el ente encomendante y sujeción a tarifas de recepción obligatoria**, ese ámbito subjetivo puede concretarse en los siguientes: consorcios, fundaciones, y **sociedades mercantiles de capital exclusivamente público**, pues con las sociedades mercantiles mixtas, aunque la participación privada sea minoritaria, no se podrán formalizar encargos directos, en buena lógica con su naturaleza jurídica*".

d) Directiva 2014/24/UE.

Como colofón a todo lo expuesto, se aprobó la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y que vino a dar cobertura normativa a cuestiones que sobre esta materia no habían sido abordadas más que por la jurisprudencia, fijando, además, otros extremos no acometidos hasta ese momento.



Dicha Directiva fue publicada en el DOUE de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor a los veinte días de su publicación, estableciendo su art. 90 un plazo máximo de transposición hasta el 18 de abril de 2016. Circunstancia esta última que en España no ocurre hasta la aprobación de la recientísima Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que entrará en vigor el próximo 9 de marzo.

Pues bien, de dicha Directiva traemos a colación, para el caso que nos ocupa, lo dispuesto por en su art. 12, que recoge:

*“1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado **quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:***

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo** al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) **que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y***
- c) **que no exista participación directa de capital privado** en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

(...)

3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

(...).

*b) **que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;***

(...)

*5. Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), **se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.***

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el



volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.

A la vista de la regulación del citado art. 12 de la Directiva de Contratación, y dado que el Estado Español incumplió la obligación de transposición de la misma dentro del plazo señalado por la norma, se hace necesario abordar el posible efecto directo de la misma, tal y como mantiene la jurisprudencia del TJUE, de cumplirse ciertos requisitos por él señalados.

En síntesis, de forma general, y sin perjuicio de ciertas especificaciones, consideran los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (*Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016*), que el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. Así, la STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, asunto C-91/92, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria.

Añaden dichos Tribunales en el citado estudio de los efectos de las Directivas de contratación, no transpuestas, que para poder entender de aplicación directa un precepto de las mismas, el contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Por ello, consideran que carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

Por todo lo anterior, la existencia de efecto directo de los preceptos de las Directivas de contratación pública obliga a la “relectura” del TRLCSP, que debía ser aplicado teniendo en cuenta la eficacia de las mismas conforme a las pautas anteriormente expuestas. Eficacia directa que será también parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos de contratación pública, ya que el conocido -e incuestionable- principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este.

Al abordar dichos Tribunales el estudio del efecto directo del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE, concluyen, respecto del requisito de que la parte esencial de la actividad del medio propio se desarrolle para la entidad respecto de la que tiene tal condición, (artículo



24.6 TRLCSP), que: *“la Directiva concreta este requisito cuando lo determina en un 80 por ciento, al señalar en su artículo 12.1.b) “que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador”. Esta última exigencia, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 del TRLCSP no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo”*”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARTICULARES

PRIMERA: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CARM SOBRE LOS ACUERDOS POR LOS QUE SE APRUEBAN LAS ENCOMIENDAS EJEMPLIFICATIVAS DEL AYUNTAMIENTO DE _____.

Enumera el solicitante un total de 46 encomiendas de gestión que “supuestamente” ha aprobado el Ayuntamiento de _____, si bien, hay que señalar tres cuestiones:

1º) Que el interesado no identifica ni los órganos, ni las fechas, en las que las mismas fueron aprobadas, por lo que, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de _____ viene cumpliendo regularmente con la obligación de remisión de sus Actas a este Centro Directivo (obligación impuesta por el art. 56.1 de la LRBRL), resultaría improcedente reclamar los correspondientes expedientes en virtud de la habilitación otorgada por el art. 56.2 y 64 de la LRBRL, al haber podido transcurrir los plazos legalmente establecidos al efecto.

Es decir, únicamente si se identificaran los órganos y fechas de adopción de los correspondientes acuerdos, y esta Dirección General comprobara que, o bien dichos acuerdos no se han remitido, o lo han sido en el los últimos quince días hábiles, se podría poner en marcha el requerimiento de documentación, ligado a la función de control de legalidad de los mismos, prevista en los arts. 56 y ss. de la LRBRL; no procediendo la reclamación de los expedientes, si dichos acuerdos fueron remitidos con anterioridad, en base a lo expuesto en la consideración jurídica general primera de este informe, por las limitaciones allí indicadas.

(...)

2º) Que la falta de instar la revisión por esta Dirección General de los actos de encomiendas de gestión alegados no tiene por qué deberse a que esta Administración no haya ejercido correctamente sus funciones, como alude el interesado, sino a que de los actos y acuerdos remitidos no se haya desprendido “a priori” infracción alguna del ordenamiento jurídico.

Téngase en cuenta que, en el caso citado (...), del acta remitida no sólo no se constata ninguna irregularidad, sino que en el mismo se hace referencia a varios informes emitidos por funcionarios municipales, todos en sentido favorable.

Así, el control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales atribuido al Estado y las Comunidades Autónomas por la LRBRL se ejerce sobre la base de las actas y certificados de acuerdos de órganos colegiados, Decretos de Alcaldía, etc..., remitidos a estas Administraciones, y, cuando del tenor de las mismas pueda intuirse o constatarse la comi-



sión de una vulneración del ordenamiento jurídico o invasión de competencias, se requerirá la ampliación de información o remisión del expediente correspondiente (art. 56.2 y 64 de la LRBRL), sin que ni el Estado, ni las Comunidades Autónomas tengan por sistema (por no estar justificado, ni legitimado, además de ser inabarcable), la reclamación de todos los expedientes correspondientes a todos los acuerdos que les remiten las entidades locales en cumplimiento del art. 56.1 de la LRBRL.

3º) Que no todas las encomiendas de gestión identificadas por el Sr. _____, parece que son tales.

Por ejemplo, (...)

SEGUNDA: COMPETENCIA DE ESTA DIRECCIÓN GENERAL PARA EL ASESORAMIENTO JURÍDICO ANTE LA PRESENTE SOLICITUD.

El presente informe es evacuado en virtud de las competencia atribuidas a esta Dirección General por el art. 42.1.e) del Decreto 53/2011, si bien, no en virtud de lo dispuesto en el art. 40.3.f) o 42.2.b) del mismo Decreto, como alega el interesado, por las razones expuestas en la consideración jurídica general primera de este informe.

Como indica el Sr. _____ dicha función de asesoramiento no encuentra una limitación temporal respecto de actos o actuaciones municipales ya realizadas, si bien, se ha de puntualizar que en ningún momento dicha cuestión ha sido discutida por este SAEL.

El solicitante parece confundir la justificación de la falta de habilitación de este Centro Directivo para ejercer el control de legalidad de los actos y acuerdos municipales, así como la de exigir al Ayuntamiento la remisión de sus expedientes, una vez transcurridos los plazos establecidos en los arts. 56 y ss. de la LRBRL, con una negativa para la emisión de este informe, que hay que resaltar, nunca se ha producido.

Es más, podemos indicar que de los informes jurídicos evacuados por este SAEL en 2016 a solicitud de grupos municipales de distintos Ayuntamientos de la Región, el 64% lo fueron a solicitud de grupos municipales de _____; alcanzando el 40% en 2017.

TERCERA: INCIDENCIA DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, EN EL PRESENTE INFORME: PUBLICIDAD DE LAS ENCOMIENDAS.

Con fecha 10 de diciembre de 2014, entró en vigor la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, teniendo como objeto el refuerzo de la transparencia en la actividad pública, regulando y garantizando el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento (art. 1).

Encontrándose las entidades locales dentro del ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley (art. 2), y para el caso que nos ocupa, destacamos su art. 8, en materia de publicidad activa, que dispone que:



“1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

(...).

b)** La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. **Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

(...).

2. Los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

3. Las Administraciones Públicas publicarán la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real”.

A la vista de todo lo anterior, se emiten las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA: Respecto a la primera de las cuestiones planteadas por el Sr. _____l en su escrito de 6 de julio de 2017, indicar que este SAEL desconoce (por no haberlas facilitado el Sr. _____) las fechas exactas de los actos o acuerdos por los que fueron aprobadas las encomiendas de gestión que enumera a modo de ejemplo, por lo que resulta imposible determinar las normas que se hallaban en vigor en el momento en que los mismos se adoptaron y con qué exacta redacción.

No obstante, si como dice el interesado se trata de encomiendas de gestión ejecutadas en los años 2014 y 2015, es evidente que a las mismas no les resulta de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, porque, como ya hemos indicado, ésta entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

Los mencionados expedientes debieron ser resueltos bajo el régimen jurídico a que se refiere este informe, con las concreciones normativas que correspondieran a tenor de las normas que se hallaran en vigor en el momento en que éstos fueron tramitados.

SEGUNDA: En cuanto a la aplicabilidad y efectos de la Directiva 2014/2004/UE, nos remitimos a lo expuesto en la consideración jurídica general segunda del presente informe.

TERCERA: En relación a la determinación de: 1) *si la mercantil _____, cumple con los requisitos para la consideración como medio propio del Excmo. Ayuntamiento de _____, y con los requisitos para considerar que ésta pueda entenderse que realiza la parte esencial de la actividad de las encomiendas ejemplificativas;* 2) *si ha sido una entidad apta para la ejecución de las mismas;* 3) *si las encomiendas ejemplificativas y su posterior ejecución han*



sido ajustadas a derecho; 4) si los actos realizados en ejecución del contenido de las encomiendas ejemplificativas han desvirtuado en algún caso la calificación inicial derivada del análisis del contenido del objeto reflejado en el encargo previsto; y, 5) si las subcontrataciones realizadas con respecto a las encomiendas ejemplificativas han cumplido los requisitos legales para la subcontratación; se indica que:

a) Este SAEL no dispone de la documentación necesaria (expedientes) que le permita realizar un correcto análisis de las cuestiones planteadas, y así evacuar una contestación debidamente fundada en derecho.

b) En este momento procesal esta Comunidad Autónoma no está facultada para requerir dichos expedientes al Ayuntamiento de _____, en concreto 46, invocando los arts. 56.2 y 64 de la LRBRL, y esto porque, partiendo de que el citado Ayuntamiento viene cumpliendo regularmente con las obligaciones de remisión que le impone el art. 56.1 de la LRBRL, desconoce este SAEL la fecha en la que se adoptaron los correspondientes actos o acuerdos por los que fueron aprobados, y si éstos han sido comunicados a la CARM, dentro de los plazos legalmente establecidos al efecto.

Además de lo anterior, existen importantes dudas de que todas encomiendas enumeradas por el interesado sean tales, como se ha puesto de manifiesto, y hasta probado, en este informe.

CUARTA: Finalmente, tal y como señala el interesado, el art. 8.1.b) de la LTBG, obliga a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de su Título I (entre los que se encuentran las entidades locales) a hacer pública, entre otra información: la referente a las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

No obstante lo anterior, se ha de puntualizar que la referida LTBG entró en vigor el 10 de diciembre de 2014, no estando regulada tal obligación con anterioridad.

Salvo mejor criterio fundado en derecho, es cuanto procede informar respecto al asunto de referencia.

Murcia. Documento firmado electrónicamente en la fecha la margen señalada.