

EAPC - Món local: urbanisme, tributs, organització i altres àmbits específics



L'externalització i la remunicipalització de serveis públics per raons espúries

25-10-2024

La potestat d'autoorganització dels ens locals en la gestió dels serveis públics, malgrat que és considerada una potestat discrecional, respon a forts condicionants normatius introduïts per l'apartat 2 de l'article 85 de la LBRL, que ens permet afirmar, en molts casos, que ens trobem davant d'una potestat quasi reglada.

Es coneix de sobres l'etern debat entre l'externalització i la reinternalització (més coneguda com "remunicipalització") dels serveis públics, la doctrina de les quals, més enllà de debats ideològics, és força unànime, en considerar que **el desllorigador en la decisió entre una forma o l'altra de prestació del servei públic pivota en una decisió circumstancial**, és a dir, la ponderació de tots els elements –fins i tot l'ideològic- que configuren l'elecció entre les formes de gestió directa o indirecta dels serveis públics: la sostenibilitat, l'eficiència, les inversions, la complexitat tècnica, la flexibilització, la innovació, la competència, el règim de la contractació, etc., extrems que tenen com a denominador comú garantir uns serveis públics de qualitat i que satisfacin l'interès general. Nogensmenys, no ofereix dubtes que es tanqui a la concurrència empresarial l'exercici de potestats administratives, per mor de l'apartat 2 *in fine* de l'article 85 de la LBRL, que remet a l'apartat 2 de l'article 9 del TREBEP i a l'apartat 2 de l'article 92 de la LBRL, en què es reserva únicament i exclusivament als funcionaris les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de potestats públiques.

Ara bé, fins a quin punt la col·laboració, l'auxili o l'assistència al desenvolupament d'aquestes funcions per part d'empreses externes desborden aital reserva?

Molt gràfica resulta la Sentència 1357/2024 del TSJ de Catalunya (TSJC), de 24 d'abril, per l'anàlisi exhaustiva que fa de l'èstica entre els beneficis i les dificultats en l'externalització dels serveis públics, i fixa els límits infranquejables en l'ús d'aquesta forma de gestió. L'excusa n'és l'entrega de la gestió del servei d'inspecció tributària de l'Ajuntament de Barcelona per mitjà de la tècnica contractual i la pretesa anul·lació per un contribuent d'unes liquidacions i sancions practicades per aquest primer, sota l'empara del

contracte de servei de col·laboració de determinades “tasques auxiliars” de la funció inspectora. S’analitza si aquestes tasques o serveis “externs” se situen dins la frontera de l’exercici de l’autoritat o bé se situen extramurs d’aquesta funció pública.

El fonament jurídic sisè de la Sentència recull un bon resum dels beneficis que suposa l’externalització de serveis a les administracions públiques: la millora de la gestió dins l’organització -ja que optimitza l’ús dels recursos disponibles-; la reducció de costos; l’avenç de la competitivitat i la qualitat dels serveis; la facilitació de l’accés a l’assistència tècnica en àrees on l’organització no aconsegueix uns certs estàndards, i l’ajuda a l’organització per ser més flexible i innovadora en el capteniment de nous desafiaments, que li permet concentrar-se en les seves activitats essencials i destinar-hi més energies i recursos. Nogensmenys, també en recull llurs desavantatges: l’aparició de nous costos relacionats amb el control, l’avaluació i el seguiment dels serveis externalitzats; la dependència del proveïdor, que pot comportar la pèrdua de control sobre la gestió del servei; la pèrdua de coneixement o d’experiència dins de l’organització; la dificultat de mesurar de manera precisa els resultats obtinguts a través de l’externalització, i l’amenaça de l’externalització de funcions públiques, amb el risc que organitzacions privades assumeixin les responsabilitats i la planificació pròpies de l’àmbit públic.

La importància de la Sentència és que efectua una revisió conspícua de diversos pronunciaments jurisprudencials i administratius, i analitza les àrdues problemàtiques de l’externalització de serveis o funcions administratives i la línia divisòria entre aquesta i l’exercici d’autoritat.

La Sentència recull la preocupació per la fugida del dret administratiu en les externalitzacions que sortegen el que anomena “nucli dur del poder públic”: l’actuació tributària i, dins d’aquesta, la inspecció. **No admet que, sota l’aixopluc dels contractes de serveis i l’aparença d’una mera col·laboració o assistència, es comprometi l’exercici d’autoritat reservat als funcionaris públics** (recollit als articles 85.2 de la LBRL, 92.2 de la LBRL i 14 i 52 del TREBEP, i, en l’àmbit netament tributari, als articles 60 i 61 del RGAP) **i el mandat constitucional de la lluita contra el frau i l’interès general**, i, per tant, que dit exercici mai pugui ser dipositat en una activitat privada. Per aquest motiu, d’una banda, l’Alt Tribunal destaca, sense ser exhaustiu, com activitats susceptibles d’una relativa externalització, sempre que no es produeixi la intromissió en les funcions públiques, les que responguin a retre informació no sensible telefònica, telemàtica o presencial; les campanyes de difusió i informació; les notificacions no fefaents; els treballs tècnics especialitzats, accessoris o puntuals que no desplacin la funció inspectora, com ara estudis fiscals, jurídics, econòmics, de mercat o valoracions; la recollida de dades a la via pública com a indicis d’ocupació o instal·lació d’elements; el suport en algun aspecte de la recaptació; l’auxili en l’elaboració d’autoliquidacions i en la presentació de declaracions, i la formació i el suport informàtic. De l’altra, considera sospitós el servei externalitzat en què el contractista percep un percentatge retributiu en vista dels resultats de la seva intervenció en el procés d’inspecció, en què es compromet la imparcialitat i l’objectivitat, i s’aparta del marc ordinari de col·laboració o d’assistència puntual predicable d’una externalització adequada.

Les seves conclusions en el cas concret que analitza la Sentència són demolidores. En el fonament jurídic vuitè *in fine*, no només retreu que s’ha construït una estructura inspectora paral·lela “a l’ombra” de l’Ajuntament, sinó que la incompetència manifesta del contractista compromet

l'exercici de la funció pública d'autoritat de l'Ajuntament i suposa la demolició de les garanties del contribuent en el procediment i l'entrega de dades tributàries confidencials a mans privades, tot cominant l'Ajuntament a desmuntar el que qualifica com "la trama contractual con que vehicula en ilegalidad flagrante el ejercicio de funciones inspectoras (y sancionadoras) irrenunciables, e indelegables". A aquest argument, hi arriba després de constatar, entre d'altres, que al plec que regeix el contracte apareix la valoració d'una millora contractual consistent en la tramitació de l'expedient sancionador; que en la descripció de l'objecte contractual a l'adjudicatària se li confia la gestió i la confecció material de l'expedient administratiu, i redueix l'actuació del funcionari inspector a avalar formalment la intervenció del contractista amb la seva signatura; que la retribució contractual descansa en circumstàncies alienes a la lògica prestacional, com ara, el pagament en període voluntari o el fraccionament dels contribuents, que l'evoca a centrar l'actuació de l'adjudicatària en aquesta fita i no en cap altra, extrem que l'allunya de la retribució pròpia d'una assistència tècnica ocasional quantificable de sobres, i la previsió d'un cap d'equip de l'adjudicatària que en reforça l'estructura paral·lela.

Si la Sentència nega les externalitzacions que no s'acomoden al servei objectiu de l'interès públic, l'Alt Tribunal, en una sentència anterior -Sentència 2492/2023, de 29 de juny-, nega les "remunicipalitzacions" que se sostreuen del mercat. En aquesta ocasió, no posa en dubte que el servei públic que s'analitza no gravita en l'òrbita de prestacions pròpies circumscrites en l'àmbit d'una potestat pública, sinó d'una prestació que es pot executar per mitjà d'un contracte de serveis. Bé sabem que l'apartat 1 de l'article 32 de la LCSP estableix que els ens locals poden organitzar-se tot executant de manera directa prestacions pròpies dels contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres i concessió de serveis, a canvi d'una compensació tarifària, valent-se d'una altra persona jurídica diferent dels ens, sempre que la persona jurídica que utilitzin mereixi la qualificació jurídica de "mitjà propi personificat".

La gestió directa mitjançant l'encàrrec a mitjans propis a través de la tècnica de cooperació vertical –coneguda també com a "contracte *in house*"-, d'acord amb els requisits que estableix l'article 32 i la disposició addicional 24 de la LCSP, és una excepció a la licitació pública i a les regles de la contractació, en el qual l'ens local encarrega la prestació a un ens amb personalitat jurídica diferenciada i pròpia vinculat al primer. El TSJC considera la necessitat d'interpretar l'aplicació d'aquesta tècnica de cooperació institucionalitzada en un sentit limitat, i es remet a la ja més que coneguda jurisprudència europea -STJUE de 18 de novembre de 1999 (C-107/1998, Teckal)- per emfasitzar sobre la necessitat de la concurrència de dos factors en el compliment de l'excepció: d'una banda, que l'administració pública exerceixi sobre l'ens un control anàleg al que exerceixi sobre els serveis propis i, de l'altra, que l'entitat executi la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen. Són dos factors que es recullen a l'apartat 4 de l'article 32 de la LCSP, els quals s'han de complir en tots els seus termes. El Tribunal tracta d'escatir si en una societat mercantil de responsabilitat limitada, amb el capital social subscrit per entitats públiques –la qual recull expressament en els estatuts la seva condició de mitjà propi-, una d'aquestes entitats efectua el control anàleg conjunt. No li fa falta entrar en altres consideracions, com ara l'eficàcia o l'eficiència més elevada predicable de la LBRL, per posar en dubte la reinternalització del servei públic que s'efectua a favor de la societat mercantil.

El supòsit concret que analitza el TSJC prové de la impugnació de l'acord del Ple del Consell Comarcal de canvi de gestió del servei d'atenció domiciliària efectuat per aquest com a soci minoritari a favor de la societat de capital públic, a la qual encarrega aquest servei com a mitjà propi. El TSJC constata que aquesta societat és integrada, entre d'altres, per un soci –Diputació provincial, que té la majoria del capital social, amb un 80% (1.536 participacions), i el Consell Comarcal, com a soci minoritari, que en té un 0,52% (10 participacions d'un total de 1.916). Aquest extrem representa per al Tribunal inadmetre que aquest darrer disposi d'un control conjunt anàleg sobre la mercantil: no pel fet només que atresori un percentatge irrisori del capital social, sinó per la manca del control sobre el servei propi i la manca de participació en els òrgans de direcció de la mercantil, a l'empara també de la legislació mercantil, que requereix un mínim de capital social en l'antuència de decisions significatives i estratègiques de la societat mercantil.

La clau de volta en el pronunciament del TSJC s'estableix en l'article 198 del Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital (TRLSC), que estableix que en la societat de responsabilitat limitada els acords socials s'han d'adoptar per majoria dels vots vàlidament emesos, sempre que representin almenys un terç dels vots corresponents a les participacions socials en què es divideixi el capital social. És a dir, el terç de participacions del capital social només el té el soci majoritari –la Diputació- i la resta de socis, fins i tot el Consell Comarcal, no poden adoptar cap acord dins la societat mercantil sense l'aquiescència d'aquest primer, fet que comporta que el monopoli decisor –al marge dels membres de la Junta General- descansi en un únic soci, i es perd el caràcter de control conjunt o, cosa que és el mateix, la influència decisiva dels socis minoritaris. El TSJC també apel·la a la composició del consell d'administració de l'apartat 2 de l'article 242 del TRLSC, per constatar el pes insuficient resolutori del soci minoritari, article que prescriu que ha de ser format per un mínim de tres membres i que els estatuts han de fixar el nombre de membres del consell d'administració o bé el màxim i el mínim, i correspon en aquest cas a la junta de socis la determinació del nombre concret dels seus components -i afegeix que en la societat de responsabilitat limitada, en cas de tenir consell d'administració, el nombre màxim dels components del consell no pot ser superior a dotze. El Tribunal argumenta que, malgrat que els estatuts de la societat ho recullen, estableixen que 2 dels 12 membres que el conformen han de ser designats de forma consensuada pels socis minoritaris, però els 10 membres restants els ha de designar la Junta General, el control de la qual és del soci majoritari. Malgrat que el Tribunal reconeix que l'apartat 4 de l'article 32 de la LCSP disposa la possibilitat que la representació dels socis en els òrgans decisoris de l'ens destinatari de l'encàrrec en pugui agrupar diversos o a tots, entén que en el supòsit que jutja no s'integra la facultat d'exercir una influència decisiva directa, ni el control conjunt anàleg als socis minoritaris.

El TSJC s'aparta de la doctrina administrativa del Tribunal Català de Contractes de Catalunya que dona lloc a aquesta Sentència, la qual avalava amb la Resolució núm. 23/2020, de 22 de gener de 2020, la possibilitat que "amb independència del percentatge que tingui sobre el capital, comporta que el Consell té tots els drets que són inherents a aquesta condició, en particular, la representació en els òrgans de decisió. Per tant, en relació amb el requisit establert per l'article 32.4.a de la LCSP, referit al control anàleg que els poders adjudicadors respecte dels quals té la condició de mitjà propi han de tenir, de manera conjunta, no s'aprecia l'incompliment al·legat. Així mateix, tampoc es desvirtua

aquest compliment per les previsions del conveni –segona i quarta- relatives a l'execució material del servei". Per tant, el Tribunal s'encarrega d'esmenar el Tribunal Català de Contractes i exigeix més pes en les responsabilitats decisòries dels socis minoritaris a l'empara de la legislació mercantil per admetre que ens trobem davant l'institut jurídic del mitjà propi.

Ara bé, aquest argument és corregit pel Tribunal Suprem (TS) en la sentència recent 1205/2024, de 4 de juliol -tot i que no afecta, de moment, la Sentència 2492/2023, de 29 de juny, que està recorreguda en cassació-, que s'arreglera amb el posicionament més generós del Tribunal Català de Contractes de Catalunya, i en destaca, en el seu fonament jurídic sisè, el caràcter funcional i no formal del control anàleg i la necessària comprovació del poder estratègic amb un abast més ampli sobre els objectius i presa de decisió de la societat. I això és així, pel fet que el TS considera que el TSJC (en la Sentència 5240/2020, de 17 de desembre) només té en compte en aquesta comprovació alguns elements estructurals i organitzatius del mitjà propi des d'una perspectiva individual del soci minoritari, però obvia elements com ara la possibilitat de control efectiu conjunt de les administracions titulars sobre el mitjà propi; el capital íntegrament públic del mitjà propi; el fet que soci minoritari exerceix el control com a autoritat pública malgrat que disposi d'un 0,25% del capital sotmès a control; el caràcter no lucratiu de la societat mercantil; la no vocació de mercat d'aquesta societat i el seu objecte marcadament social (assistencial, educatiu, residencial i millora del benestar de les persones o d'interès social) i una llibertat d'actuació limitada a aquesta comesa.

En definitiva, les sentències al·ludides aclareixen aspectes cabdals en la decisió administrativa en l'elecció de la forma de gestió del servei públic i la seva interpretació: ni es permeten externalitzacions materials de funcions públiques sota l'aixopluc de funcions auxiliars; ni s'exclou, a priori, com a mitjà propi, la prestació de serveis en què el poder decisor del soci minoritari és ínfim si ve acompanyat d'altres elements funcionals i materials en la configuració d'aquest mitjà propi.



Roger Cots Valverde

Vicesecretari general de l'Ajuntament de Sant Feliu de Llobregat i professor associat de dret públic de la UAB