

Disposicions normatives – Instruccions

INSTRUCCIÓ relativa a la descentralització funcional i als mitjans propis de l'Ajuntament de Barcelona.

Preàmbul

a. Necessitat i contingut de la instrucció

La Llei 9/2017 de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant LCSP), introdueix en el seu article 32 novetats importants pel que fa a la regulació dels encàrrecs de gestió als mitjans propis, ampliant els requisits que exigeix l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE per a què una entitat pugui ser considerada mitjà propi d'un poder adjudicador.

Entre d'altres requisits, a l'apartat 2 lletra d) -que entrarà en vigor el 9 de setembre de 2018 de conformitat amb la Disposició transitòria quarta i la Disposició final setzena- exigeix que les persones jurídiques per tal de ser considerades mitjans propis han d'adaptar els seus estatuts o acte de creació, en el sentit de què ha de constar la conformitat i autorització expressa del poder adjudicador respecte del que hagi de ser mitjà propi i la verificació de què disposa de mitjans personals i materials apropiats per a la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social.

Per altra banda, al números 6 i 7 de l'esmentat article 32 s'estableix, respectivament, uns requeriments de publicitat de la condició de mitjà propi i que les prestacions parcials que el mitjà propi pot contractar amb tercers en l'execució de l'encàrrec no poden superar el límit del 50 per cent de la quantia de l'encàrrec, llevat d'uns supòsits excepcionals que s'han vist ampliat per la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2018.

Aquests canvis normatius ens situen davant la necessitat d'evidenciar quan ens trobem davant d'un veritable encàrrec de gestió sotmès a l'article 32 de la LCSP i quan ens trobem davant d'altres figures organitzatives com la descentralització funcional o personificació del servei, l'encomana de gestió o la cooperació horitzontal de l'article 31 de la LCSP. Es tracta, per tant, de remarcar l'obligació de fer servir en cada cas la figura organitzativa que pertoca i no de realitzar, fins a l'últim extrem, una anàlisi teòrica d'aquests instruments d'assignació de funcions o de serveis a prestar

És cert que aquesta necessitat es manifesta de manera més destacada a la vista de la regulació establerta per la LCSP, però també si tenim present que durant molt de temps s'ha fet servir la figura de l'encàrrec de gestió més enllà dels seus límits conceptuals. De fet, n'hi ha casos en els que l'àmbit d'actuació d'algun ens instrumental s'ha anat delimitant amb encàrrecs puntuals, que en realitat eren en molts casos innecessaris o improcedents.

D'altra banda, cal també aprofitar per dur a terme una actualització dels estatuts dels ens instrumentals als efectes de deixar clar quin és el seu àmbit d'actuació propi o habitual o bé quan ens trobem davant d'encàrrecs puntuals no habituals, és a dir, de deixar clar quan l'ens instrumental funciona com a un supòsit de transferència de competències respecte de la gestió d'una funció pública o prestació d'un servei públic i quan actua en virtut d'un encàrrec de gestió amb una compensació tarifària que opera a manera de contraprestació.

Per tal de dur a terme aquesta tasca d'anàlisi i d'actualització dels estatuts es crea una Comissió Tècnica destinada a elaborar de manera compartida amb els ens instrumentals les propostes de modificació dels estatuts i sotmetre-les al procediment d'aprovació corresponent. En aquesta anàlisi caldrà determinar també en cada cas quina és la personificació jurídica adequada dels ens instrumentals vinculats o dependents de l'Ajuntament de Barcelona.

b. Pauta interpretativa

Supòsits de descentralització funcional

L'article 32.1 LCSP regula l'execució directa per part de poders adjudicadors (cas de l'Ajuntament de Barcelona) de prestacions pròpies de contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres i concessió de serveis a través de mitjans propis a canvi d'una compensació tarifària.

Tanmateix, aquesta no és l'única forma d'autoprovisió de serveis o d'execució directa de competències i serveis municipals. El nostre dret positiu també regula la transferència de competències a entitats instrumentals dependents o vinculades a l'Ajuntament que constitueixen un supòsit de descentralització funcional, que és una forma de gestió directa d'un servei o exercici d'una funció, a través d'una persona jurídica diferenciada creada per decisió unilateral de l'Ajuntament –en el nostre cas–, l'àmbit d'actuació de la qual està determinat per les previsions dels seus estatuts relatives al seu objecte social.

En les relacions entre els diferents ens que conformen el sector públic municipal, per una banda, i l'entitat o societat inserida també en aquest sector públic i que constitueix un supòsit de descentralització funcional, d'una altra, no existeix l'onerositat pròpia d'un contracte sinó que ens trobem davant d'una decisió voluntària adoptada pel Consell Municipal en exercici de la potestat d'autoorganització i destinada a personificar un servei o branca d'activitat de l'Administració.

En virtut d'aquesta decisió, quan l'entitat instrumental, funcionalment descentralitzada, actua dins del seu objecte social en exercici de les facultats conferides estatutàriament no opera en base a l'art. 32 LCSP i com a mitjà propi, sinó que assumeix, a tots els efectes i com a pròpies, les funcions transferides i la prestació dels serveis assignats. Aquesta atribució té caràcter exclusiu i indefinit, malgrat que no és permanent i immutable, sinó que és susceptible de ser revocada o modificada mitjançant la modificació estatutària corresponent.

Per tant, cada cop que ens trobem davant d'una activitat que de manera prèvia s'ha assignat a través dels estatuts a un ens instrumental no podem parlar de l'existència d'un encàrrec a mitjà propi ni, en conseqüència, elevar propostes en aquest sentit a la Comissió de Govern.

La decisió organitzativa a través de la qual es materialitza la descentralització funcional resta exclosa de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/24/UE que al seu article 1.4 estableix que "(...)la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo núm. 26."

Aquesta exclusió es veu ratificada de forma expressa per l'art. 1.6 de la mateixa norma comunitària en dir:

"Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva"

Així, a títol d'exemple, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en la Sentència de 21 de desembre de 2016, assumpte C-51/15, Remondis GmbH, en la que s'enjudiciava la transferència de les competències de recollida i tractament de residus que diverses autoritats públiques alemanyes havien realitzat a un consorci, afirma que no constitueix un contracte públic un acord entre dues entitats territorials, sobre la base del qual aquestes adopten un estatut pel que es crea un consorci d'entitats, amb personalitat jurídica i pel que es transfereix a aquesta nova entitat pública determinades competències.

En el mateix sentit, la Resolució del Tribunal Català de contractes del sector públic (TCCSP) 113/2018, de 20 de juny, estableix:

"Cal assenyalar que la praxis de l'aplicació de la cooperació vertical o encàrrecs a mitjans propis personificats pot tenir un esquema consistent en l'encàrrec d'una prestació per part d'un poder adjudicador a una entitat amb personalitat jurídica pròpia que tingui la consideració de mitjà propi del primer. I, com hem vist, també respon a aquest esquema l'adopció de la EPEL d'objecte específic com a fórmula de gestió directa del servei, d'acord amb les previsions de la LBRL. La diferència rau, doncs, no en la configuració formal de la relació, sinó en el negoci jurídic substancial que s'instrumenta: mentre que en el primer cas l'Ajuntament pot proveir el bé o el servei mitjançant un contracte o bé mitjançant l'encàrrec a un ens que reuneixi les condicions per ser mitjà propi, en el segon cas el ventall d'opcions que té l'Ajuntament s'ha de referir a les a formes de gestió directa del servei previstes per l'article 85.2 de la LBRL, anteriorment transcrit.

Des d'aquesta perspectiva, l'acord pel qual s'acorda la prestació directa del servei mitjançant la EPEL se situa dintre del perímetre de les potestats d'autoorganització per les quals es transfereixen competències i responsabilitats entre poders adjudicadors en els termes de l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE (transcrit anteriorment).

De fet, el propi article 32 de la LCSP, en el seu apartat 7, en regular els negocis jurídics que els mitjans propis efectuïn amb tercers en execució dels encàrrecs, exclou de les limitacions que se n'estableixen -bàsicament, amb relació al percentatge màxim de prestacions parcials a contractar amb tercers- aquells casos en què la gestió del servei públic es dugui a terme

mitjançant la creació d'entitats destinades a aquesta finalitat i quan s'atribueixi la gestió del servei a una societat de dret privat el capital de la qual sigui, en la seva totalitat, de titularitat pública. És a dir, la pròpia regulació dels mitjans propis situa fora de les seves limitacions a aquelles formes que poden ser constitutives de gestió directa."

Per tant, sense perjudici de què els ens descentralitzats funcionament han de complir naturalment la LCSP en tant que tenen la condició de poders adjudicadors, el règim jurídic d'aquestes relacions organitzatives no el trobem en aquest text legal, sinó en la normativa general de règim local i en les normes que disciplinen la prestació de serveis públics i l'execució de les competències municipals. En conseqüència, caldrà acudir a la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local (en endavant LBRL) i al Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya. Ambdós textos legals reconeixen la facultat d'establir el sistema de gestió dels serveis públics derivada de la potestat d'autoorganització dels ens locals i determinen les formes organitzatives de gestió directa de manera diferenciada (organismes autònoms, entitats públiques empresarials i societats mercantils).

Supòsits d'encàrrec de gestió

A banda dels supòsits de descentralització funcional, es poden realitzar encàrrecs puntuals de tasques que no formen part de l'activitat habitual que ha motivat la constitució de l'entitat instrumental. Aquests encàrrecs es poden afegir, per tant, a les activitats assumides com a pròpies per l'entitat mitjançant la que es personifica el servei i són una fórmula d'autoprovisió de serveis que, malgrat haver-se de subjectar a l'article 32 LCSP, no constitueixen un exemple de contracte regulat per les normes de contractació del sector públic.

És a dir, a més del desenvolupament del respectiu objecte social, les entitats instrumentals poden rebre encàrrecs de gestió per dur a terme activitats no habituals de col·laboració tècnica o material, sempre que es compleixin els requisits que es contemplen al repetit article 32 LCSP.

Davant d'aquesta realitat cal tenir present que l'article 6.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic i, de manera concordant, l'article 7.1 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya disposen que els òrgans administratius exerceixen les seves competències sota la direcció i la supervisió de l'òrgan de què depenen jeràrquicament, que pot emetre instruccions i circulars o ordres de serveis per a fixar, respectivament, els criteris per a l'aplicació de les normes jurídiques en exercici de les seves funcions i per al funcionament dels serveis.

Per tot això, a la vista de les consideracions precedents i vistos els informes de la Secretaria General, la Intervenció General, la Direcció dels Serveis Jurídics i al Direcció de Contractació, la Comissió de Govern, en sessió de 26 de juny de 2018, aprova la següent;

INSTRUCCIÓ

1. Objecte i finalitat

Aquesta Instrucció té per objecte fixar els criteris i àmbit d'aplicació de l'article 32 LCSP i determinar els mecanismes o figures d'atribució de competències i serveis, diferenciant d'aquesta manera entre la descentralització funcional o personificació dels serveis públics, els encàrrecs de gestió a mitjans propis, les encomanes de gestió i la cooperació horitzontal.

2. Àmbit subjectiu

La present Instrucció és d'aplicació a l'Ajuntament de Barcelona i el seu grup municipal, format per les seves entitats vinculades o dependents.

3. Descentralització funcional

- i. L'assignació de la gestió o prestació d'un servei, d'activitats o de competències per part de l'Ajuntament de Barcelona i les seves entitats instrumentals a ens o societats que conformen supòsits de descentralització funcional o personificacions de servei no constitueixen encàrrecs de gestió regulats per l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE i per l'article 32 LCSP, sempre que figurin incloses en l'àmbit d'actuació habitual definit en el seu objecte social. Són fórmules de gestió directa adoptades en virtut de la potestat d'autoorganització de conformitat amb la legislació de règim local i amb les normes reglamentàries de desplegament, que constitueixen el règim jurídic positiu principal.
- ii. En conseqüència, no s'han de formalitzar de la forma prevista en l'article 32 LCSP, sinó que són actuacions que l'entitat instrumental assumeix, com a pròpies de manera indefinida, en virtut de les corresponents previsions estatutàries i que poden beneficiar, de manera directa o indirecta, a l'entitat matriu i a la resta d'entitats que conformen el sector públic municipal.
- iii. Els estatuts respectius estableixen la manera d'executar l'objecte social, la seva estructura organitzativa i el seu règim de funcionament, de responsabilitat, de finançament i d'autonomia funcional. Són susceptibles de desenvolupament o concreció mitjançant una relació d'activitats finançades o d'altres figures similars que emmarquin els objectius, manera d'actuar, avaluació de resultats i el finançament necessari.
- iv. Durant el període transitori que s'obre a partir de la present instrucció fins al moment de l'aprovació de l'actualització, si escau, dels Estatuts prevista en aquesta Instrucció, les entitats instrumentals impulsaran –especialment les que han vingut operant en base a encàrrecs puntuals- l'aprovació d'aquestes relacions d'activitats finançades o documents anàlegs per concretar de manera adequada les funcions transferides i la manera de finançar les despeses generals i els costos derivats de la seva activitat, tot evitant fer servir de manera improcedent els encàrrecs de gestió. Aquesta concreció és susceptible d'actualització de manera periòdica i, en tot cas, sempre que els instruments de programació de l'activitat municipal així ho exigeixi.

L'aprovació dels documents previstos en el present criteri interpretatiu correspon a la Comissió de Govern de conformitat amb l'article 16 apartat tercer lletra e) de la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta municipal de Barcelona.

4. Encàrrecs a mitjans propis

- i. A banda del desenvolupament de l'activitat habitual que ha motivat la seva constitució, les entitats instrumentals també poden rebre encàrrecs puntuals o no habituals, que s'han de qualificar com a encàrrecs a mitjà propi i que es regeixen per l'article 32 LCSP; precepte que també cal aplicar en els supòsits d'encàrrecs de gestió a entitats no incloses dins del perímetre del grup municipal.
- ii. La decisió de formalitzar l'encàrrec de gestió exigeix la prèvia emissió d'informe justificatiu que acrediti el compliment del principi d'eficiència en l'assignació dels recursos públics.
- iii. L'aprovació d'encàrrecs de gestió requereix el compliment dels requisits substantius i procedimentals recollits a l'article 32 LCSP, entre els quals figuren les obligacions de publicitat al perfil de contractant determinades en funció de la quantia.
- iv. La Comissió tècnica per a l'actualització d'estatuts de les entitats instrumentals impulsarà les accions necessàries per identificar adequadament els ens del sector públic municipal i d'altres vinculats a l'Ajuntament que tenen la condició de mitjà propi i que compleixen amb els requisits d'idoneïtat i formals previstos en l'article 32.2.d) LCSP. La manca de compliment d'aquests requeriments formals no impedirà, sempre que es compleixin la resta de requeriments previstos a la LCSP, la formalització puntual d'encàrrecs de gestió durant el període transitori que, amb l'aprovació de la present Instrucció, s'obre per a l'actualització d'estatuts o la modificació de l'acte de creació.

El present criteri també és d'aplicació a les obligacions de publicació a la Plataforma de Contractació previstes en l'art. 32.6.a) LCSP, el compliment de les quals es promourà de manera urgent per part de la Comissió tècnica.

- v. Els contractes que celebrin els mitjans propis en execució de l'encàrrec de gestió s'han de sotmetre als termes de la LCSP, sense que puguin contractar amb tercers prestacions parcials, l'import de les quals superi el 50% de la quantia de l'encàrrec.
- vi. El precedent límit quantitatiu no serà aplicable en els supòsits establerts a l'article 32.7 LCSP, en la seva redacció aprovada per la Disposició final 44ena de la Llei 6/2018, de 6 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per a 2018.

5. Altres mecanismes d'atribució o assignació de funcions: cooperació horitzontal, encomanes de gestió i delegació de funcions

- i. L'atribució de funcions, competències o serveis s'ha de formalitzar mitjançant l'instrument legalment pertinent, fent servir, a banda dels dos esmentats en els apartats precedents, els mecanismes que es descriuen a continuació.
- ii. La cooperació horitzontal, que es preveu a l'art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, la transposició de la qual es troba a l'art. 31.1.b) en relació a l'article 6.1 LCSP. Aquesta figura no empara les relacions de caire contractual consistents en la realització de l'activitat per part d'una de les entitats intervinents a canvi de contraprestació o compensació per part de l'altra o altres entitats participants.
- iii. L'encomana de gestió d'activitats de caràcter material o tècnic a entitats de dret públic, sempre que no tinguin per objecte prestacions pròpies dels contractes regulats per la LCSP i es respectin les previsions de l'article 11è de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de

règim jurídic del sector públic i l'article 10 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

- iv. Delegació de competències i funcions prevista als articles 9 de la Llei 40/2015 i 27 de la LBRL.

6. Comissió tècnica per a l'actualització d'estatuts

- i. **Objectiu:** Per tal de consolidar el mecanisme relacional de la descentralització funcional i a la vegada complir amb les exigències de la LCSP pel que fa a la identificació dels ens instrumentals com a mitjans propis de l'Ajuntament i verificar la idoneïtat, es crea una Comissió tècnica amb l'objectiu d'analitzar el contingut dels estatuts dels ens instrumentals i la personificació jurídica adient.

En el desenvolupament d'aquest objectiu, aquesta Comissió ha d'elaborar, amb participació dels diferents ens instrumentals, les propostes de modificació d'estatuts, que s'han de sotmetre a l'aprovació del Consell Municipal seguint el procediment administratiu corresponent.

- ii. **Composició:** La Comissió tècnica estarà presidida pel Gerent Municipal i en formaran part la Secretaria General, la Intervenció General, la Direcció de Serveis Jurídics, la Direcció de Coordinació de Contractació, la Direcció d'Empreses, Entitats Municipals i Recursos i les persones representants de les àrees i entitats instrumentals que determini la Gerència Municipal.
- iii. **Calendari d'actuacions:** La Comissió tècnica procurarà elevar les corresponents propostes durant el mes d'octubre als efectes de poder sotmetre-les a l'aprovació inicial dels òrgans competents abans de la finalització de l'any 2018 i a l'aprovació definitiva durant el primer trimestre del 2019. En el desenvolupament de les seves tasques han de col·laborar, de la manera indicada per la Gerència Municipal, els ens instrumentals als efectes d'actualitzar els estatuts i fixar la personalitat jurídica que correspongui.

7. Eficàcia de la Instrucció

La present instrucció es començarà a aplicar a partir del dia 9 de setembre de 2018.

Aquesta instrucció no altera la distribució competencial relativa a l'aprovació de projectes d'obres, ni les funcions de tutela o fiscalització previstes legalment o en els corresponents d'estatuts.

En tot cas, es procedirà a l'actualització del protocol d'obres aprovat per l'Alcaldia el 15 de juny de 2017.

8. Inscripció i publicació

Aquesta instrucció s'ha d'inscriure al Registre Municipal d'Instruccions i Circulars i publicar a la Gasetta i al web municipal.