



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

INFORME QUE PRESENTA LA ASESORÍA JURÍDICA CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DIRECTA POR LA EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS, S.A. (ESMASA) DE DISTINTOS SERVICIOS MUNICIPALES y SU ADAPTACIÓN A LO DISPUESTO POR LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, PARA ADQUIRIR LA CONDICION DE MEDIO PROPIO PERSONALIZADO DE ESTE AYUNTAMIENTO.

SITUACIÓN PLANTEADA

Se emite el presente informe a la vista de la Memoria Justificativa redactada, de conformidad con el mandato del Pleno de la Corporación en su sesión celebrada el 29 de enero de 2020, por el que se inició expediente de municipalización para la gestión directa por la EMPRESA DE SERVICIOS MUNICIPALES DE ALCORCON, S.A.U. de los servicios correspondientes al mantenimiento de instalaciones eléctricas y térmicas de dependencias y colegios municipales, de fuentes públicas, de instalaciones semaforicas, limpieza de dependencias y de recogida y retirada de vehículos de la vía pública.

Se incorpora en la Memoria, Aspecto Social y Jurídico, tanto los fundamentos jurídicos que justifican el expediente, conforme a lo requerido por el artículo 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, como al procedimiento a seguir.

El presente informe se refiere al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, para que la empresa municipal ESMASA, pueda ser declarada o autorizada como MEDIO PROPIO PERSONALIZADO del Ayuntamiento de Alcorcón, y el procedimiento a seguir.

- 1. ESMASA** se constituyó por el Ayuntamiento de Alcorcón como forma de gestión directa de los servicios públicos de RRSU y Limpieza viaria, previo expediente de municipalización para ejercer actividades económicas. Esta naturaleza le permitió no sólo llevar a cabo estos servicios públicos de obligada prestación por el Ayuntamiento, sino también ejercer otras actividades económicas previstas en su objeto social, en régimen de concurrencia con otras empresas privadas.

Como se desarrolla en el aspecto social y jurídico de la Memoria Justificativa a la que acompaña el presente informe, la actividad de ESMASA con el transcurso del tiempo se ha consolidado prestando los servicios públicos anteriores y otros servicios al Ayuntamiento, servicios que si bien no se enumeran entre los que enumera el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye a los municipios, sí son servicios que requiere el Ayuntamiento para su normal funcionamiento y prestación a su vez de los servicios a los ciudadanos.



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

Esta dualidad se desarrolló bajo las denominadas encomiendas de gestión, excluyéndolas de la aplicación de la normativa vigente en cada momento en materia de contratos públicos, para posteriormente y con la adaptación a las directivas europeas en materia de contratación, convertir a ESMASA en medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento.

Esta situación ha provocado graves disfunciones y demoras en la necesaria adaptación a las prescripciones de la nueva LCSP, previstas en su artículo 32, que ha venido a sustituir el término encomiendas por el término encargo, y la denominación de medio propio instrumental y servicio técnico, por MEDIO PROPIO PERSONALIZADO.

Lo anterior responde a la equívoca concepción de ESMASA como MPI y ST, pues para la prestación de otros servicios con carácter permanente al Ayuntamiento, además de los correspondientes a la RRSU y a la LV, no requiere disponer de la naturaleza de MPP, los puede prestar directamente aplicando lo dispuesto tanto en la LBRL como el TRRL e incluso aquellos servicios que disponen de carácter económico, puede prestarlos tanto al Ayuntamiento como, en régimen de libre competencia con otras empresas, a terceros que soliciten sus servicios. Estos fundamentos jurídicos son los que se han planteado en la Memoria, y se corresponden con el régimen jurídico específico aplicable a las Entidades Locales.

En apoyo de lo anterior la propia Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a lo dispuesto en su Disposición final decimocuarta (Título competencial) apartado 2, establece que **no tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al Sector Público Estatal** lo previsto en:

- a) La subsección 2ª referida a los órganos colegiados de la Administración General del Estado de la sección 3ª del capítulo II del Título preliminar.
 - b) El Título I relativo a la Administración General del Estado.
 - c) Lo dispuesto en el Capítulo II relativo a la Organización y Funcionamiento del Sector Público Institucional Estatal.
 - d) Lo previsto en las disposiciones adicionales: cuarta, sobre adaptación de entidades y organismos estatales, quinta, sobre gestión compartida de servicios comunes en organismos públicos estatales, **sexta, sobre medios propios (transformación a lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJ en el plazo de 6 meses).**
2. Esta exclusión del ámbito de aplicación de la LRJ en lo relativo a los MPP no implica en opinión de esta funcionaria que ESMASA no pueda ser declarada MPP del Ayuntamiento si cumple lo previsto en el artículo 32 la LCSP, sin ser preciso invocar o ajustarse a lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP.



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

Esta declaración o autorización que el Pleno otorgará a su empresa municipal, permitirá que éste lleve a cabo encargos concretos, que se cumplirán en plazo determinado, percibiendo en compensación por su ejecución las tarifas que apruebe la Corporación.

Pero no precisa disponer de tal autorización o declaración para prestar con carácter permanente los servicios municipales de mantenimiento de instalaciones térmicas, eléctricas de edificios, fuentes públicas, limpieza de dependencias, recogida y retirada de vehículos. Para llevar a cabo estos servicios es preciso finalizar el expediente que se inició mediante acuerdo adoptado por el Pleno Corporativo en sesión de 29 de enero de 2020, a cuyo fin se redacta la memoria Justificativa conforme lo requerido por el artículo 85.2 en concordancia con el 86.1, ambos de la LBRL, determinando que la gestión directa de estos servicios mediante la forma de empresa privada, resulta más sostenible y eficiente que las restantes formas de gestión previstas en la LBRL, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

3.Si bien no pueden aplicarse los requisitos del artículo 86 de la LRJSP, si se comparan éstos con los previstos en el artículo 32 de la LCSP, existe plena correspondencia y por lo tanto esta declaración precisará la verificación del cumplimiento de los mismos.

La verificación de los requisitos a cumplir por ESMASA como MPP a fin de que el Pleno Corporativo pueda autorizar o declarar a su empresa como tal, requiere que la Memoria Justificativa sea previamente aprobada, pues en la misma se integran algunos de los elementos que exige la LCSP para acceder a la categoría de MPP.

Los requisitos que debe cumplir son los siguientes:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando el mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

4.A juicio de esta funcionaria, ESMASA cumple lo previsto en las letras a), b), y c), circunstancias que se acreditan aportando las escrituras públicas de constitución de la sociedad y de modificación de sus Estatutos Sociales, así como de los acuerdos adoptados por su Junta General de Accionistas, designando a los miembros que forman parte de su Consejo de Administración.

En el Aspecto Técnico y Económico de la Memoria Justificativa se describen tanto los medios personales y materiales de que dispone ESMASA para la prestación de sus servicios, como el coste efectivo de los mismos. Al ser esta memoria redactada por funcionarios técnicos municipales, hay que estimar que constituye una verificación de los mismos.



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

En cuanto a los servicios de carácter económico que puede prestar ESMASA se enumeran en el artículo 2º de sus Estatutos.

Todo lo anterior fundamenta que la sociedad municipal pueda obtener la autorización municipal, siendo declarada su MPP y así, junto a la prestación permanente servicios a los que responde su título constitutivo, ejecutar otros trabajos o servicios que pudiera el Ayuntamiento encargarle compensando a ESMASA mediante las tarifas (que igualmente se incorporan en la Memoria) y serán aprobadas por el Pleno de la Corporación.

Estas tarifas se utilizarán igualmente en el supuesto de servicios que se presten a terceros privados.

5. ESMASA, conforme lo establecido por el artículo 103 del TRRL se ha constituido y debe actuar conforme a las disposiciones legales mercantiles, y por tanto en los términos del artículo 160 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la autorización del Pleno Corporativo para que disponga del carácter de MPP en cumplimiento de lo previsto por la LCSP, requerirá la modificación mediante acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas, de sus Estatutos Sociales.

En el Anexo I, al Aspecto Social y Jurídico de la Memoria Justificativa, se incorpora la modificación propuesta de los artículos 1 y 2 de los Estatutos Sociales.

CONCLUSIÓN

PRIMERA: Una vez el Pleno de la Corporación tome en consideración la Memoria Justificativa correspondiente a la gestión directa de los servicios que en la misma se describen, ésta deberá ser sometida a exposición al público por plazo no inferior a 30 días para la presentación de las alegaciones que se estimen oportuno. Transcurrido este plazo, el Pleno Corporativo resolverá, en su caso sobre aquéllas que hubieran podido presentarse, procediendo a la aprobación definitiva del expediente.

SEGUNDA: Aprobado definitivamente el expediente iniciado el pasado 29 de enero de 2020, el Pleno en diferente punto de su orden del día y si lo estima pertinente, partiendo de la información y documentación que incorpora en la Memoria Justificativa, adoptará acuerdo dando conformidad o autorización expresa a ESMASA para ser su MEDIO PROPIO PERSONALIZADO, al verificarse que dispone de los elementos personales y materiales precisos para disponer de este carácter, cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 32 de la LCSP, en las letras a),b),c) y d) de su apartado 2º y aprobando las Tarifas que se aplicarán en los futuros encargos que el Ayuntamiento pudiera aprobar.



AYUNTAMIENTO DE ALCORCÓN

Asesoría Jurídica

AS-16/20

MMC/EMP

TERCERA: Adoptados los acuerdos anteriores, su ejecución precisará que la Junta General de Accionistas de ESMASA, adopte su vez acuerdo modificando sus Estatutos Sociales, artículos 1 y 2. Certificado este acuerdo se formalizará en escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil de Madrid.

Alcorcón, a 29 de mayo de 2020

Es cuanto tengo que informar.

LA TITULAR DE LA ASESORÍA JURÍDICA

Fdo: Margarita Martín Coronel