

INFORME DE SECRETARIA NÚMERO 07/2021

Assumpte: exercici de l'activitat d'educació infantil de 0 a 3 anys i modificació de la forma de prestació del servei

ANTECEDENTS DE FET

El ple municipal en data 28 de gener de 2021 va adoptar els següents acords:

“Primer. Iniciar l'expedient per a l'exercici per part de l'Ajuntament de l'activitat d'educació infantil de 0 a 3 anys i la conseqüent anàlisi de les alternatives de modificació de la forma de prestació del servei de l'escola bressol municipal.

Segon. Constituir una comissió d'estudi, encarregada d'elaborar la memòria corresponent i integrada pels membres següents:

- L'alcaldeessa, qui la presidirà, o regidor en qui delegui.
- El portaveu de cada grup polític municipal, o regidor suplent que cada grup designi.
- El personal tècnic següent:
 - Gemma Marmol Codina, Cap d'Atenció i Comunicació Ciutadana.
 - Nicolas Castellano Petidier, Tècnic d'Educació.
 - Meritxell Monfort Camprubí, Cap del Servei de Recursos Humans
 - Montse Moles Llamas, TAE Economia
 - Joan Cabré Gascon, Tresorer Municipal
 - Javier Goytisolo Marquinez, Interventor Municipal

La comissió podrà comptar també amb el suport i assessorament d'altre personal tècnic que la presidència consideri adient.
Actuarà com a secretari el de la corporació, amb veu i sense vot.

III. DISPOSAR que la comissió d'estudi haurà de concloure l'elaboració de la memòria en el termini de tres mesos des de l'adopció d'aquest acord plenari. En el cas que no es presenti la memòria dins el termini esmentat, els membres de la comissió cessaran automàticament.

IV. NOTIFICAR aquests acords als membres de la Comissió.”.

En data 22 d'abril d'enguany, la Comissió ha emès les seves conclusions, que consten a l'expedient i ha informat elevar al Ple municipal per a la seva presa en consideració la Memòria justificativa denominada “ESTUDI DE LA FORMA DE GESTIÓ DIRECTA DEL SERVEI PÚBLIC MUNICIPAL D'ESCOLA BRESSOL DE SANT QUIRZE DEL VALLÈS “ i resta de documentació integrada a l'expedient

FONAMENTS JURÍDICS

I.- Normativa aplicable

- Constitució Espanyola de 1978 (CE d'ara en endavant).
- Estatut d'Autonomia de Catalunya, la reforma del qual va ser aprovada per Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol (en endavant EAC).
- Llei 7/1985, de 2 d'abril, per la qual s'aprova la Llei de Bases de Règim Local (LRBRL a partir d'ara).
- Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP d'ara en endavant).
- Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera (LOEPSF a partir d'ara).
- Decret Legislatiu 2/2003, de 26 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei municipal de règim local de Catalunya (TRLMRLC d'ara en endavant).
- Decret 179/1995, de 13 de juny de 1995, Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS a partir d'ara).
- Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de Règim Local (TRRL).
- Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú (LPAC).
- Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració Local (en endavant LRSAL).
- Reial Decret 128/2018, de 16 de març, pel qual es regula el règim jurídic dels funcionaris d' Administració Local amb habilitació de caràcter nacional. (en endavant RDFHN)

II. Naturalesa de l'informe

El present informe té el caràcter de preceptiu de conformitat amb l'article 3.3.a. del RDFHN, s'emet de conformitat amb l'article 85.2.a. LRBRL., i en els termes institucionals dels articles 79 i 80 LPAC.

III. De la iniciativa econòmica, la prestació dels serveis públics i l'exercici d'activitats pels ens locals

L'article 128 CE disposa:

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.
2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. “

La normativa reguladora de règim local concreta el reconeixement constitucional a la iniciativa econòmica de l'article 128.2 CE, en relació amb els ens locals. Així doncs, l'article 25 de la LRBRL estableix:

“Artículo 25.

1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

....”

En allò referent a la forma de gestió dels serveis públics locals, hem d'estar als articles 85 i següents de la LRBRL:

“Artículo 85

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

Per altra part, atesa la naturalesa de l'activitat econòmica del servei i el fet que la forma de gestió del mateix es preveu a l'expedient que sigui la directa per personificació pública mercantil s'ha de prendre en consideració l'article 86 LBRL

“Artículo 86.

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

En l'àmbit de la normativa local catalana, també s'ha desenvolupat la previsió de l'article 128 CE, sobretot a través del TRLMRLC i del ROAS.

“Article 66 del TRLMRLC: Competències municipals i locals

66.1 El municipi, per a la gestió dels seus interessos i en l'àmbit de les seves competències, pot promoure tota mena d'activitats i prestar tots els serveis públics que contribueixin a satisfer les necessitats i les aspiracions de la comunitat de veïns.
.....”

En aquest sentit, l'article 84.2.g. EAC atribueix als governs locals de Catalunya la competència pròpia en la planificació, l'ordenació i la gestió de l'educació infantil, en els termes que estableixin les lleis.

Respecte a les activitats econòmiques, el TRLMRLC fa les previsions següents:

“Article 243 del TRLMRLC Activitats econòmiques

243.1 L'exercici pels ens locals d'activitats econòmiques requereix un expedient previ, en el qual s'ha d'acreditar la conveniència i l'oportunitat de la iniciativa pública.

243.2 Per a adoptar la iniciativa cal:

a) acord inicial del ple, en què s'ha de designar també una comissió d'estudi integrada per membres de l'ens local i personal tècnic.

b) una memòria redactada per la comissió, que ha de servir de base per a la resolució de l'expedient i que ha de tenir en compte els aspectes socials, financers, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma d'exercici, els beneficis potencials i els supòsits de cessament de l'activitat.

c) la presa en consideració de la memòria pel ple i l'exposició al públic per un període de trenta dies com a mínim, durant el qual es poden presentar reclamacions i al·legacions.

d) l'aprovació final pel ple de l'ens local.

243.3 L'exercici de l'activitat s'ha de realitzar en règim de lliure concurrència. Es pot adoptar la forma d'organisme autònom de caràcter industrial, comercial o financer, o la de societat mercantil de capital públic o mixt, o la societat cooperativa.

243.4 No és aplicable el procediment establert en aquest article si es tracta de la simple administració o explotació per l'ens local del seu patrimoni.”

Si analitzem els articles 188 i següents, i 159 i 160 del ROAS, veiem que:

“Article 188 Formes de gestió

188.1 Els serveis públics locals es poden gestionar directament o indirectament.

188.2 La gestió directa pot adoptar les formes següents:

- a) Gestió a través de la mateixa organització ordinària de l'ens local.
- b) Per mitjà d'una organització especial desconcentrada.
- c) Organisme autònom.
- d) Societat mercantil amb capital social íntegrament públic.

188.3 La gestió indirecta es pot realitzar per les formes següents:

- a) Concessió.
- b) Gestió indirecta.
- c) Concert.
- d) Arrendament.
- e) Societat mercantil o cooperativa amb capital social mixt.

188.4 La facultat d'establir el sistema de gestió dels serveis públics correspon als ens locals, en exercici de la potestat organitzativa, llevat dels serveis a què es refereix l'article 189 d'aquest Reglament i del que estableix, si s'escau, la legislació sectorial.

188.5 El canvi de la forma de gestió d'un servei exigeix la instrucció de l'expedient i la tramitació del procediment, en els aspectes aplicables, a les quals es refereixen els articles 169 i 160 d'aquest Reglament.”

“Article 159 Expedient per a la implantació del servei

159.1 La creació d'un servei s'ha d'instrumentar mitjançant una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que n'estableixi el règim jurídic de la prestació.

159.2 El projecte d'establiment i prestació del servei ha de contenir els aspectes següents:

- a) Les característiques del servei.
- b) La forma de gestió.
- c) Les obres, els béns i les instal·lacions necessàries per a la prestació, amb la indicació, si s'escau, de les que hagi de realitzar el contractista.
- d) L'estudi econòmic financer i, si s'escau, les tarifes a percebre pels usuaris.
- e) En el supòsit de prestació per gestió indirecta, el cànon o la participació que ha de percebre l'ens local, i la compensació econòmica que, si s'escau, aquest hagi de satisfer.
- f) El règim estatutari dels usuaris.

159.3 El reglament que reguli el servei ha de declarar expressament que l'activitat de què es tracta resta assumida per l'ens local com a pròpia i ha de determinar l'abast de les prestacions a favor dels ciutadans.

159.4 Per a l'elaboració dels documents esmentats, l'ens local, quan en justifiqui la necessitat compta amb l'assistència tècnica i jurídica del consell comarcal, de la diputació i de l'Administració de la Generalitat per mitjà dels respectius serveis d'assistència local.

Article 160 Procediment per a l'establiment dels serveis

160.1 L'expedient instruït amb els documents a què es refereix l'article anterior s'ha de sotmetre a informació pública pel termini de trenta dies, mitjançant anuncis que s'insereixin en el Butlletí Oficial de la província, el DOGC i al tauler d'anuncis de la corporació. Simultàniament, s'ha de donar audiència als interessats i a les entitats que, si s'escau, han exercit la iniciativa.

160.2 El ple de la corporació, amb la resolució prèvia dels suggeriments formulats, ha d'acordar l'establiment del servei, n'ha d'aprovar el projecte d'establiment i el reglament que el reguli i ha de preveure els efectes econòmics que se'n deriven, en especial, en el pressupost.”

IV. Del procediment administratiu per a l'elecció de la forma de gestió del servei

En els últims anys, s'està assistint a un fort moviment que defensa l'assumpció de la gestió directa dels serveis públics per part dels municipis, fonamentalment mitjançant la creació d'ens instrumentals. És una tendència (mal) denominada “remunicipalització”, entesa com a la conversió en municipal d'un servei públic que estava a càrrec d'una empresa privada.

Per tal de decidir la forma de gestió dels serveis públics, s'ha de seguir la tramitació establerta a l'article 85 de la LRBRL, a resultes de la reforma introduïda per la LRSAL. Aquesta reforma legislativa va introduir una modificació substancial en allò relatiu a l'elecció per part del municipi de la forma de gestió dels seus serveis públics locals. El nou règim jurídic es preocupa pels objectius d'estabilitat pressupostària derivats de

l'article 135 CE i de la llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.

La redacció vigent disposa que els serveis públics s'hauran de prestar de manera directa o indirecta en funció de quina sigui la forma més sostenible i eficient, al mateix temps que entre les diverses formes de gestió directa, la possibilitat de crear una societat mercantil o una entitat pública empresarial es condiona a que s'acrediti que les mateixes han de ser més sostenibles i eficients que la gestió directa sense organització especialitzada o mitjançant organisme autònom.

Per tant, la LRBRL, en el seu article 85.2, defineix una sèrie d'exigències procedimentals orientada a l'acreditació per part de l'Ens Local, que es corresponen a una major eficàcia i sostenibilitat en la forma de gestió elegida. En concret, caldrà que es confeccioni una memòria justificativa, on caldrà tenir en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió. D'altra banda, en l'expedient administratiu haurà de constar la memòria justificativa de l'assessorament rebut que s'eleva al Ple per la seva aprovació, on caldrà que s'incloguin els informes sobre el cost del servei, així com el suport tècnic rebut, que caldrà que es publicitin. Finalment, l'interventor local ha d'emetre un informe valoratiu de la sostenibilitat financera de les propostes plantejades, conforme amb l'article 4 de la LOEPSF.

En l'expedient que es vol sotmetre a consideració del Ple, hi formen part tots els documents descrits anteriorment. Tal és així, que hi formen part:

- Memòria justificativa elaborada per Col·lectiu Ronda S.C.C.L. i denominada "ESTUDI DE LA FORMA DE GESTIÓ DIRECTA DEL SERVEI PÚBLIC MUNICIPAL D'ESCOLA BRESSOL DE SANT QUIRZE DEL VALLÈS".
- Informe del Servei de Recursos Humans, de 25 de març de 2021, en relació als aspectes relatius a recursos humans, recollits en estudi de la forma de gestió directa del servei públic municipal d'escola bressol de Sant Quirze del Vallès, elaborat pel Col·lectiu Ronda.
- Informe de l'Àrea d'Economia, de 25 de març de 2021, complementari a l'Estudi elaborat pel Col·lectiu Ronda en relació a la forma de gestió del servei municipal d'escola bressol de Sant Quirze del Vallès.
- Document de proposta de modificació de les Normes d'organització i funcionament del centre escola bressol municipal El Patufet, elaborat pel Servei Municipal d'Educació.
- Informe de la Gerenta de la societat municipal COMU Sant Quirze del Vallès, S.L., de 15 d'abril de 2021, sobre la viabilitat de l'assumpció de l'encàrrec de gestió del servei d'escola bressol municipal.
- Conclusions de la Comissió d'Estudi per a la redacció de la memòria justificativa de l'exercici de l'activitat econòmica d'educació infantil de 0 a 3 anys i forma de prestació, informades en la sessió d'aquesta Comissió de 22 d'abril de 2021.

És el Ple, en virtut de l'article 22.2.f) de la LRBRL i l'article 52.2.g) del TRMRLC, l'òrgan competent per aprovar les formes de gestió dels serveis públics i dels expedients de municipalització.

En quan al quòrum necessari per la seva aprovació, s'aplicaria la regla general prevista a l'article 47.1 de la LBRL (majoria simple) i no pas la regla específica del seu article 47.2 (majoria absoluta), atès que el servei d'escola bressol no és un servei essencial reservat per la LBRL als ens locals ni tampoc és un servei mínim d'obligada prestació municipal, per tant no és una activitat que passarà a realitzar el Consistori en règim de monopoli sinó que el desenvoluparà en un context de lliure concurrència amb el sector privat, el que exclou l'aplicabilitat al present cas de l'article 47.2.k de la LBRL.

V.- Finalització de la prestació del servei en la modalitat de gestió indirecta

La prestació del servei d'escola bressol es va formalitzar per darrera vegada en data 9 de maig de 2013 mitjançant contracte de concessió administrativa de servei públic per a la gestió de l'escola bressol municipal, amb la raó social CLECE, SA, amb NIF A80364243.

De conformitat amb la clàusula 13 del plec de clàusules administratives particulars que formava part del contracte la seva execució es va iniciar el dia 1 de setembre de 2013 i tenia una durada de dos anys, prorrogables, fins a un màxim de quatre.

Per tant des del dia 1 de setembre de 2017 aquest contracte està extingit.

En data 15 de setembre de 2020 CLECE, S.A. mitjançant escrit registrat a l'Ajuntament (N.R.G.E. 2020011327) va comunicar que havia acordat la escissió parcial de la branca d'activitat dels serveis educatius a favor de la seva filial íntegrament participada KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A. (en endavant KOALA), amb C.I.F. A-87045423, de conformitat amb l'establert en el Títol III de la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les empreses mercantils. Comunicava, així mateix, que KOALA es subrogava en els drets i obligacions de CLECE, S.A. i que seria la primera la prestadora del servei d'escola bressol a partir de l'1 d'octubre de 2020.

Com en reiterades ocasions el sotasignat ha posat de manifest no procedeix la continuïtat dels contractes públics sense la correcta formalització dels mateixos. La compensació que procedeix abonar a qui ha estat executant prestacions pròpies d'un contracte públic sense contracte se li ha de satisfer per evitar l'enriquiment injust de l'Administració, però no deriva de la prorroga tàcita o verbal, que és nul·la, sinó que deriva del deure d'evitar aquest enriquiment, se'ns perjudici de les responsabilitats que es poguessin derivar d'aquesta actuació contrària a dret.

No obstant això, l'acord de ple de presa en consideració de la memòria per al canvi de forma de gestió del servei d'escola bressol i resta d'acords derivats d'aquest expedient han de ser notificats a l'actual prestador del servei, per tal que com a interessat, i en aplicació de l'article 4 LPAC, pugui presentar al·legacions i/documentació durant el període d'informació pública i resta de tràmits del procediment.

CONCLUSIONS

L'article 86.1 LRBRL assenyala que les Entitats Locals podran exercir la iniciativa pública per al desenvolupament d'activitats econòmiques, sempre que estigui garantit el compliment de l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de la sostenibilitat financera de l'exercici de les seves competències.

A més, de l'exigència de què en l'expedient acreditatiu de la conveniència i oportunitat de la mesura es justifiqui que la iniciativa no genera risc per a la sostenibilitat financera del conjunt de la Hisenda municipal, s'exigeix la inclusió d'una anàlisi de mercat, relatiu a l'oferta i a la demanda existent, a la rendibilitat i als possibles efectes de l'activitat local sobre la concurrència empresarial.

Com assenyala l'exposició de motius de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, es tracta d'afavorir la iniciativa econòmica privada evitant intervencions administratives desproporcionades.

Ha de diferenciar-se la iniciativa de les entitats locals per al desenvolupament d'activitats econòmiques que s'exerceix en règim de lliure competència, conforme al procediment previst en l'article 86.1 LRBRL de la reserva d'activitats i serveis essencials en favor de les Entitats Locals que s'exerceix en règim de monopoli, conforme al procediment previst en l'article 86.2 LRBRL.

Durant tot el procés, haurà de complir-se amb les exigències de publicitat activa en virtut del que es disposa en l'article 21.4 de la LPAC i en la normativa vigent en matèria de transparència.

S'ha seguit el procediment per a la modificació de la forma de prestació del servei i l'exercici d'activitats econòmiques segons els articles 188.5 i 159 i 160 i 142, respectivament, del ROAS que seria el següent:

Una vegada elaborada per la Comissió especial d'estudi la Memòria i el projecte de modificació del Reglament del Servei, haurà de ser presa en consideració pel Ple de la Corporació, i sotmetre-la a un període d'informació pública per un termini no inferior a trenta dies hàbils que s'anunciarà en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, el Butlletí Oficial de la Província de Barcelona, en un dels mitjans de comunicació escrita i al tauler d'edictes municipal, als efectes de la presentació d'al·legacions, suggeriments i reclamacions.

A la proposta d'acord de presa en consideració de la memòria i aprovació inicial de la modificació de la forma de gestió del servei que es sotmet a consideració plenària, es preveu la notificació a l'empresa que actualment presta el servei, segons l'exposat al Fonament Jurídic V.

Conclòs el període d'informació pública, si s'han presentat reclamacions i/o suggeriments, hauran de resoldre's aquestes, i s'aprovarà definitivament pel Ple, previ Dictamen de la Comissió Informativa de Preparació dels Assumptes del Ple.

En el cas que no es presentin reclamacions en relació amb l'aprovació inicial en el termini d'informació pública, s'entendrà definitivament adoptat l'acord fins llavors provisional, estenent-se per Secretaria la certificació que acrediti l'elevació a definitiva de l'aprovació inicial.

L'acord d'aprovació definitiva [expressa o tàcita], ha de publicar-se per al seu general coneixement en el tauler d'anuncis de l'Ajuntament i en el Butlletí Oficial de la Província, tal com disposa l'article 70.2 de LRBRL.

Els diferents documents analitzen que l'opció més eficaç i eficient és la de prestar el servei d'educació infantil de 0 a 3 anys en règim de gestió directa, mitjançant un ens

instrumental que tingui la condició de mitjà propi, a través d'un encàrrec de gestió en la forma prevista a l'article 32 LCSP.

És el que s'informa als efectes oportuns, no obstant això, l'òrgan competent decidirà el que consideri oportú.

Sant Quirze del Vallès, a data de la signatura.