



**Cámara de Cuentas
Comunidad de Madrid**

**FISCALIZACION DEL CONTRATO DE SERVICIOS
SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL
EMGIASA Y LA MERCANTIL GESMASUR S.L., DURANTE
EL PERIODO 2007-2011.**

**Aprobado por Acuerdo del Consejo de
la Cámara de Cuentas de 27 de febrero de 2015**



INDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
I.1 Iniciativa de la fiscalización	1
I.2 Objetivos, alcance y limitaciones	1
I.3 Marco legal	2
II.- TRATAMIENTO DE ALEGACIONES	3
III. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN.....	3
III.1 Cuestiones Previas	3
III.1.1 Constitución de la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón S. A. (EMGIASA) y de GESMASUR S. L.	3
III.1.2 Carencia de medios de EMGIASA.....	4
III.2 Contratos celebrados con GESMASUR	5
III.2.1 Contrato de 1 de febrero de 1993	6
III.2.2 Contrato de 15 de enero de 1999.....	9
III.2.3 Contrato de 10 de julio de 2002	11
III.2.4 "Aclaración" del contrato de 1 de febrero de 1993 mediante Acuerdo del Consejo de Administración de EMGIASA de 19 de enero de 2004.....	11
III.3 Facturación de GESMASUR en el periodo 2007-2011	12
IV. CONCLUSIONES.....	15



SIGLAS Y ABREVIATURAS

EMGIASA	Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A.
ES	Estatutos sociales.
GESMASUR	GESMA SUR, S.L.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Estado.
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público
LRJAP-PAC	Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.
LSCM	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
PAIF	Programas de Actuación, Inversiones y Financiación.
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana.
RCE	Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.
RGCE	Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.
RLHL	Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
ROF	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.
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, 18 de abril. Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.



I. INTRODUCCIÓN

I.1 Iniciativa de la fiscalización

El artículo 44 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, según la redacción introducida por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de Reforma de aquél, establece que el control económico y presupuestario de la Comunidad de Madrid se ejercerá por la Cámara de Cuentas, sin perjuicio del que corresponda al Tribunal de Cuentas.

La Cámara de Cuentas, a iniciativa de la Asamblea de Madrid, incluyó en el Programa de Fiscalizaciones del ejercicio 2014, la "Fiscalización del contrato de servicios suscrito entre la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón (EMGIASA,S.A.) y la mercantil GESMASUR, S.L., durante el periodo 2007-2011".

I.2 Objetivos, alcance y limitaciones

El objetivo general de esta Fiscalización, como indica su denominación, es el análisis del contrato de servicios suscrito entre la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA,) y la mercantil GESMASUR, S.L., durante el periodo 2007-2011" a fin de verificar su adecuación a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía.

Para realizar este análisis y tras exponer los antecedentes de la Empresa Municipal (que se detallan en la Introducción a los Resultados de la Fiscalización), se procederá a identificar:

1. Los diversos contratos suscritos entre ambas mercantiles desde el año 1993 en el que se iniciaron las relaciones entre ellas, para tratar de determinar su posible vigencia durante los ejercicios objeto de fiscalización.
2. Las actuaciones realizadas por las partes contratantes durante dichos ejercicios, para tratar de determinar en cual de los contratos suscritos entre ellas encontraban cobertura legal y, en su caso, la adecuación de dichas prestaciones a los términos de los correspondientes contratos.

Los trabajos de fiscalización se han visto limitados por las siguientes circunstancias:

- 1) Administración inadecuada del Archivo municipal y del libro de Actas de las sesiones Plenarias que no ha permitido encontrar algunos documentos o ha retrasado su localización.
- 2) Ausencia de Programas de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF) de EMGIASA desde su origen, de acuerdo con los artículos 10 a 15, 113 y 114 RLHL.



- 3) Ausencia de un estado de liquidación del presupuesto del ejercicio anterior y avance del corriente, referida, al menos, a seis meses del mismo, según establece el artículo 18 b) RLHL.
- 4) Ausencia de un reglamento de organización y funcionamiento de EMGIASA o protocolos de gestión y administración y de aplicaciones informáticas contables, adecuadas para garantizar la transparencia en la gestión económica y financiera, la autonomía e independencia funcional entre ambas sociedades y la protección del patrimonio de la empresa cuyos rendimientos pertenecen al PMS.
- 5) No consta el ejercicio por parte de la Intervención de las funciones atribuidas por el artículo 204.2 TRLHL en materia de inspección de la contabilidad de EMGIASA ni de que se hayan efectuado controles financieros o de eficacia, al amparo de los artículos 220 y 221 TRLHL.

Estas limitaciones al alcance de la fiscalización son consecuencia de las deficiencias de control interno detectadas tanto en el Ayuntamiento como en EMGIASA, en el informe anterior de esta Cámara de Cuentas de 31 de enero de 2013 y en los informes del Tribunal de Cuentas nº 390, de 17 de diciembre de 1999 y nº 678, de 25 de mayo de 2005.

I.3 Marco legal

La normativa reguladora de la actividad económica, financiera, presupuestaria y contable de EMGIASA en los ejercicios fiscalizados es, fundamentalmente, la siguiente:

- Estatutos sociales aprobados en la sesión Plenaria de 16 de octubre de 1992 y modificados en la reunión extraordinaria de la Junta General de 29 de enero de 1997.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
- 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.
- Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, actualmente recogida en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.



- 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.
- Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, de creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley del Suelo.
- Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Estado.
- Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.

II.- TRATAMIENTO DE ALEGACIONES

Los resultados provisionales obtenidos en esta fiscalización se trasladaron a las entidades fiscalizadas para que, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 11/1999 de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, los interesados pudieran realizar las alegaciones y aportaran los documentos que entendieran pertinentes en relación con la fiscalización realizada.

Las alegaciones formuladas han sido analizadas y valoradas detenidamente, suprimiéndose o modificándose el texto cuando así se ha estimado conveniente. En otras ocasiones el texto inicial no se ha alterado por entender que las alegaciones remitidas son meras explicaciones que confirman la situación descrita en el Informe, o porque no se comparten la exposición o los juicios en ellas vertidos, o no se justifican documentalmente las afirmaciones mantenidas, con independencia de que la Cámara de Cuentas haya estimado oportuno no dejar constancia de su discrepancia en la interpretación de los hechos analizados para reafirmar que su valoración definitiva es la recogida en este Informe.

III. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN

III.1 Cuestiones Previas

III.1.1 Constitución de la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón S. A. (EMGIASA) y de GESMASUR S. L.

A. Constitución de EMGIASA: El Pleno del Ayuntamiento de Alcorcón aprobó, el 31 de julio de 1992, el expediente administrativo instruido para la municipalización de la



actividad económica de la vivienda en régimen de libre competencia mediante la constitución de una empresa municipal.

En cumplimiento del acuerdo anterior, el 16 de octubre de 1992, el Pleno municipal aprobó la propuesta de constituir EMGIASA como sociedad anónima municipal, así como los Estatutos de la misma.

El 15 de diciembre de 1992, se formalizó la escritura pública de constitución de EMGIASA.

El 21 de enero de 2006, se incluye la condición de medio propio municipal para recibir encomiendas de gestión para la construcción de inmuebles.

B. Constitución de GESMASUR S.L.: El 23 de junio de 1992 se constituyó la empresa privada GESMASUR, con la finalidad de "la gestión y el asesoramiento a Promotores, en la construcción de viviendas de Protección Oficial".

III.1.2 Carencia de medios de EMGIASA

Desde el momento de su constitución hasta el cese de sus relaciones con GESMASUR, EMGIASA carecía de medios propios para el desarrollo de su actividad, es decir, no disponía de recursos humanos ni materiales para desenvolverse.

Esta carencia de medios propios creó una dependencia funcional con GESMASUR y obligó a contratar con empresas privadas prácticamente todas las funciones que aquella tenía atribuidas y que justificaron su creación, poniendo en cuestión el valor añadido pretendido con la creación de la empresa municipal debido a los sobrecostes que necesariamente provoca la contratación de ésta con terceros.

Además, concurrieron en la misma persona los cargos de Director Técnico de EMGIASA y Administrador de GESMASUR con competencia para "organizar y controlar la firma de la correspondencia, la emisión de recibos, talones, facturas y control de pagos, y en general de cuantos documentos sean necesarios para el desarrollo de su contenido".

Como denuncia el Tribunal de Cuentas, entre otros en el Informe de Fiscalización 1047, de fecha 29 de septiembre de 2014, "el ente instrumental debe resultar idóneo para ejecutar por sí mismo el objeto de la encomienda, y en consecuencia debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos que resulten necesarios a este fin (...) De ello deriva, además, el cambio de la naturaleza de los contratos celebrados (por la entidad instrumental) -que pasan de tener naturaleza administrativa a tener naturaleza privada-, un alejamiento del control de la ejecución de los encargos, así como un encarecimiento de la gestión debido a los sobrecostes derivados de la intermediación del medio propio".



El mismo Tribunal de Cuentas (Informe nº 1.003, de 20 de diciembre de 2012) pone de relieve que “el problema surge del abuso y del fraude en la utilización de estas figuras, creando la entidad instrumental que no es sino una proyección personificada de las Administración encomendante, no dotada ni surtida de medios necesarios para llevar a cabo las actividades y prestaciones propias de las encomiendas.”

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares (Informe 1/2010), pone de relieve que “...para poder hacer un encargo de gestión a una entidad que tenga la consideración de medio propio (...) debe haber una causa justa que justifique el encargo. Esta causa debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución, y la ejecución por parte de la entidad instrumental debe suponer necesariamente un valor añadido (...) la entidad que tiene la consideración de medio propio y servicio técnico debe disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar, al menos, la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo”.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda (Informe 18/2012) afirma que “es necesario (...) que ese medio propio sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. No cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación.”

La Comisión Nacional de la Competencia ha puesto de relieve (Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia. Año 2013) que “esta práctica (cuando la prestación se subcontrata en una gran parte) permite cuestionar el valor añadido del medio propio como ejecutante y lo configura más bien como un mero intermediario”.

III.2 Contratos celebrados con GESMASUR

La contratación de EMGIASA debía observar la disposición transitoria segunda del RGCE en relación con los artículos 88 LBRL y 111 a 125 TRRL, a cuyo tenor se le aplicaban los siguientes principios:

- a) Rigurosa preparación de los proyectos, especificaciones y pliegos de condiciones que sirvan de soporte al contrato mediante los oportunos asesoramientos técnicos y jurídicos.
- b) La celebración de los contratos respetando, como regla general, los principios de publicidad y concurrencia.
- c) La inclusión de cláusulas en los contratos que estimulen al empresario a un correcto cumplimiento y que salvaguarden el interés general de la entidad en los casos de incumplimiento.



El Consejo de Administración de EMGIASA no desarrolló estos principios en un Reglamento de funcionamiento y régimen interior o instrucciones de contratación hasta el 21 de mayo de 2008, para dar cumplimiento al artículo 175 de la Ley 30/2007 de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

III.2.1 Contrato de 1 de febrero de 1993

El 1 de febrero de 1993, se formalizó un contrato entre EMGIASA y GESMASUR, cuya parte expositiva declara que el Plan Municipal de la Vivienda de Alcorcón prevé la construcción de 2.000 viviendas, dentro del marco del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de viviendas del Plan 1992-1995.

En esas fechas, el Consejo de Administración de la empresa municipal no había aprobado unas normas de funcionamiento y régimen interior en desarrollo de los Estatutos, ni los primeros Presupuestos de la empresa para determinar la plantilla de personal e identificar el marco económico-financiero o plan de actuación de la empresa e inversiones a realizar en dicho ejercicio.

No consta la existencia de un expediente con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la disposición transitoria segunda del RGCE, anteriormente citada.

En consecuencia, no resulta acreditado que el órgano de contratación haya realizado los estudios técnicos, jurídicos o económicos precisos para determinar el coste de los servicios contratados y su adecuación al precio de mercado.

Aunque el Acta de EMGIASA de 27 de enero de 1993 indica que se contrata a GESMASUR una vez "estudiadas las ofertas recibidas", tampoco hay constancia suficiente de que EMGIASA haya respetado en la adjudicación, los principios de concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, manifestación en el ámbito de la contratación de las entidades del sector público del principio constitucional de igualdad.

GESMASUR, cuya constitución era muy reciente, carecía de la experiencia que debió exigirse para prestar los servicios de referencia.

Los pactos contractuales están recogidos en cinco estipulaciones cuyo contenido se resume a continuación:

- El objeto del contrato incluye una serie de servicios clasificados en ámbitos que comprendían prácticamente la gestión integral de EMGIASA: jurídico; técnico; administrativo; económico y financiero; fiscal; de infraestructura informática y medios humanos.



- Para la consecución de este objeto, se autorizaba a GESMASUR a contratar con todas la personas físicas y jurídicas que considerara necesario, quedando exonerada la primera de cualquier reclamación que pudiera derivarse de tales relaciones.
- La duración del contrato alcanzaría hasta la total terminación de las viviendas previstas en el "Plan Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Alcorcón".
- Los honorarios a percibir por GESMASUR se establecen en un "dos por ciento del precio total en venta de cada una de las promociones", debiendo satisfacerse un 20% al principio de cada promoción y el 80% restante prorrateado en doceavas partes entre los años que durara cada promoción.
- En caso de resolución unilateral del contrato por EMGIASA, está debería abonar a GESMASUR, en concepto de penalización, la cantidad de 12.000.000 de pesetas, equivalente a la inversión realizada por ésta para la puesta en marcha de su actividad.

Como ya se ha indicado, no figura un estudio económico de la prestación que permita identificar los gastos que debe soportar la empresa contratista por los servicios prestados ni los ingresos que espera obtener el Ayuntamiento a través de EMGIASA para establecer la viabilidad de funcionamiento de la empresa y el equilibrio económico del contrato.

Además, no se identifican las promociones de vivienda; no hay un calendario o programación para verificar el cumplimiento del contrato; no se desarrolla el procedimiento de determinación del "precio en venta" de las mismas, ni cómo se realizaría el seguimiento de la ejecución para poder verificar la liquidación, facturación y pago de los servicios.

En cuanto al plazo de ejecución del contrato, éste se limitaba a decir, como ya se ha indicado, que "la duración del contrato alcanzaría hasta la total terminación de las viviendas previstas en el "Plan Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Alcorcón".

Este Plan no se acompañaba como Anexo al contrato, ni estaban previstas sus líneas de actuación y etapas de ejecución en el PGOU de 1987. En el expediente de municipalización y constitución de EMGIASA, el Gobierno municipal manifestó su interés en promover modificaciones puntuales en el PGOU para incrementar la oferta pública de vivienda protegida del Programa Regional de Suelo y Vivienda 1992-1995 promovido por el IVIMA y con acceso a las ayudas del Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre.

La Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid ha informado a esta Cámara de Cuentas que el Ayuntamiento de Alcorcón realizó 11 promociones de vivienda acogidas a la ayudas del Real Decreto 1932/1991,



de 20 de diciembre, con un total de 1.335 viviendas. La última de estas promociones se entregó en abril de 1999.

En consecuencia y de conformidad con la cláusula contractual que establecía que la duración del contrato alcanzaría hasta la total terminación de las viviendas previstas en el "Plan Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Alcorcón", este contrato debió considerarse extinguido en 1.999 por consumación de su objeto.

Este contrato de 1 de febrero de 1993, padece lo que la doctrina (Puig Brutau) denomina "anomalías contractuales", es decir, "aquellas situaciones en las que un negocio jurídico adaptado normalmente a situaciones determinadas, se utiliza para finalidades diferentes, lográndose unos efectos directamente queridos, pero indirectamente buscados".

En este caso la anomalía consiste en la divergencia entre lo declarado y lo verdaderamente perseguido en el contrato:

- Lo declarado es que el objeto del contrato es la prestación de servicios para la promoción de las viviendas previstas en el "Plan Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Alcorcón".

- Lo verdaderamente perseguido es la llevanza de la gestión de EMGIASA, como queda corroborado por los datos siguientes:

1) La falta de medios propios de EMGIASA. Sirva de ejemplo, a este respecto, que el presupuesto de la empresa municipal para el ejercicio 2010, indicaba que no se ha previsto para el ejercicio aumento de personal, siendo la plantilla para ese año la misma que la del año 2009 que a continuación se detalla: dos auxiliares administrativos con un salario bruto anual conjunto de 57.163,00 euros.

Cuando la empresa municipal declaró resuelta, a finales de 2011, cualquier relación jurídica con la mercantil privada, debió subrogarse en los 25 empleados de GESMASUR que trabajaban en ella.

2) El acta de la sesión del Consejo de Administración de EMGIASA, celebrada el día 27 de enero de 1993, pone de relieve que se va a proceder a la "contratación de la gestión económica de la empresa" y que se acuerda contratar a GESMASUR la prestación de estos servicios (económicos, fiscales y financieros).

3) En el Informe de evaluación de la oferta presentada por GESMASUR al contrato de enero de 1999, se destaca que esta empresa "ofrece mantener la actividad que actualmente viene desarrollando en cuanto a gestión interna de EMGIASA (estudios económico-financieros, gestión financiera y contable, asesoramiento fiscal, etc...)".



4) El Consejo de Administración de EMGIASA, en sendas reuniones celebradas en 2003 y 2006, acordó nombrar al Administrador de GESMASUR como Director Técnico de EMGIASA, con competencias prácticamente generales para la gestión de la sociedad municipal, salvo las que pudieran corresponder al Consejero delegado.

5) El 10 de julio de 2002, ante la suspensión de la vigencia del contrato de enero de 1.999, las representaciones de EMGIASA y GESMASUR acordaron que “EMGIASA, aun cuando en estos momentos no existan promociones de nueva planta en construcción, encarga a GESMASUR S.L., la continuidad en la prestación de sus servicios de asesoramiento integral (jurídico, técnico, contable, económico-financiero y fiscal), durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 30 de junio de 2003, por las promociones ya entregadas”.

El punto 3º de este Acuerdo obligaba a GESMASUR a “mantener los mismos medios técnicos a los que se comprometió en un principio, así como el mismo número de personal, con reducción de su jornada laboral, al objeto de que los costes a satisfacer por EMGIASA sean mínimos y, sin embargo, se pueda seguir manteniendo y prestando la atención posventa a los compradores de viviendas y necesarios para EMGIASA”.

III.2.2 Contrato de 15 de enero de 1999

El 15 de enero de 1999, EMGIASA y GESMASUR formalizaron el contrato de “prestación de asistencia técnica para el desarrollo urbanístico de la zona denominada Ensanche Sur”, adjudicado por el Consejo de Administración de la empresa municipal, el 4 de diciembre de 1998.

Aunque en la documentación se indica que se celebró un concurso con publicidad no se ha podido localizar el correspondiente expediente para poder verificar la adecuación a la legalidad de las bases de dicho concurso.

Sí debe tenerse en cuenta que era GESMASUR la gestora de los procedimientos de EMGIASA por lo que debieron adoptarse medidas para salvaguardar la objetividad y la imparcialidad de esta adjudicación que no consta que fueran adoptadas.

Tampoco se ha acreditado que la fijación del presupuesto de licitación se adecuase al mercado.

A la licitación sólo concurrió GESMASUR, es decir la empresa que todavía prestaba los servicios derivados del contrato anterior, según se deduce del Informe de evaluación de la oferta, donde el Gerente destaca además, como ya se ha indicado, que GESMASUR “ofrece mantener la actividad que actualmente viene desarrollando en cuanto a gestión interna de EMGIASA (estudios económico-financieros, gestión financiera y contable, asesoramiento fiscal, etc...)”.



El contenido de este contrato puede resumirse de la forma siguiente:

- El objeto se describe como “el conjunto de actividades técnicas y administrativas a realizar para que el suelo, ahora rústico, incluido en la delimitación de los Planes Parciales, sea transformado en parcelas netas para la construcción de viviendas, mediante los correspondientes instrumentos de planeamiento urbanístico”.
- El precio del contrato era de 150 pesetas/m² (IVA excluido) y la extensión del ámbito se calculaba en 1.973.810 m², lo que suponía un total de 296.071.500 pesetas, es decir, 1.779.425,55 euros (IVA excluido).
- La duración del contrato era de 8 años o hasta la terminación de las obras de urbanización, de acuerdo con la programación prevista en el PGOU, en ese momento pendiente de aprobación definitiva.

Las actividades a cuya realización se compromete GESMASUR son de “gestión de suelo” y no incluyen la construcción y promoción de viviendas. Tampoco están incluidos los trabajos técnicos que debían contratarse con terceros por cuenta de EMGIASA, es decir, la contratación de la redacción de los instrumentos de desarrollo de la planificación; Proyecto de urbanización; Proyectos de construcción de viviendas y dirección de obras que debían facturarse con independencia del precio del contrato.

El PGOU de Alcorcón fue aprobado por la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la CAM por Resolución de 5 de febrero de 1999 y publicado en el BOCM nº 68, de 22 de marzo, por lo que el Consejo de Administración de EMGIASA adjudicó la gestión del sistema de Expropiación Forzosa antes de que el PGOU declarara el desarrollo del ámbito de utilidad pública o interés social y a EMGIASA beneficiaria del sistema de expropiación.

El 1 de junio de 2001, se formalizó un acuerdo de suspensión del contrato “ante la posible redefinición del desarrollo del Plan General por parte del Ayuntamiento de Alcorcón en lo que a vivienda protegida se refiere”, pero el contrato “cobrará plena vigencia tan pronto como se hayan despejado o redefinido las causas que han motivado la suspensión”.

Como consecuencia del acuerdo anterior, GESMASUR suspendería la facturación de los honorarios pactados, reservándose el derecho a reducir parte de los medios materiales y del personal que se contrató por este motivo.

El 30 de junio de 2003, el Pleno municipal encomendó a EMGIASA “los estudios y gestiones previas necesarias para la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio del Ensanche-Sur” y, el 3 de julio de 2003, se reanudó la vigencia del contrato.



El 15 de septiembre de 2004 el Pleno aprobó definitivamente el Plan Parcial del Ensanche-Sur, publicado el 11 de octubre de 2004.

El 29 de marzo de 2005, la Comisión de Urbanismo de la Comunidad de Madrid aprobó el proyecto de expropiación del Ensanche Sur, triplicando el precio de expropiación, y según la programación prevista, antes del 15 de abril de 2005, debían adjudicarse las obras de urbanización del Ensanche Sur y en el primer semestre de 2007 entregarse las primeras viviendas, cuyos precios oscilarían entre los 113.000 y 123.000 euros.

III.2.3 Contrato de 10 de julio de 2002

El 10 de julio de 2002, las representaciones de EMGIASA y GESMASUR, ante la suspensión de la vigencia del contrato celebrada entre ambas en 1.999, acordaron que "EMGIASA, aún cuando en estos momentos no existan promociones de nueva planta en construcción, encarga a GESMASUR S.L., la continuidad en la prestación de sus servicios de asesoramiento integral (jurídico, técnico, contable, económico-financiero y fiscal), durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 30 de junio de 2003, por las promociones ya entregadas". El precio se fijó en 60.000 euros.

El punto 3º de este Acuerdo obligaba a GESMASUR a "mantener los mismos medios técnicos a los que se comprometió en un principio, así como el mismo número de personal, con reducción de su jornada laboral, al objeto de que los costes a satisfacer por EMGIASA sean mínimos y, sin embargo, se pueda seguir manteniendo y prestando la atención posventa a los compradores de viviendas y necesarios para EMGIASA"

Como se ha indicado anteriormente, el 3 de julio de 2003, se reanudó la vigencia del contrato celebrado en enero de 1999.

III.2.4 "Aclaración" del contrato de 1 de febrero de 1993 mediante Acuerdo del Consejo de Administración de EMGIASA de 19 de enero de 2004

La promoción de plazas de aparcamiento en edificaciones exclusivas no estaba incluida en ninguno de los contratos celebrados por EMGIASA con GESMASUR, pero el 19 de enero de 2004, el Consejo de Administración de la empresa municipal aprueba lo que denominó "aclaración del objeto del contrato de prestación de servicios con GESMASUR, de fecha 1 de febrero de 1993, alcanzando el mismo a los aparcamientos o garajes que promueva EMGIASA en edificaciones exclusivas".

Este acuerdo supone una evidente confusión entre interpretación y modificación de un contrato ya que la primera consiste en la búsqueda del alcance y el sentido de sus cláusulas mientras que la segunda supone un cambio de su objeto.



Como ha establecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 2001, “la interpretación no puede dar lugar a la modificación del contrato”. Además, el Informe 2/2010, de 23 julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, pone de relieve que “en ningún caso la interpretación puede ser vehículo a través del cual se introduzcan modificaciones contractuales contrarias a las disposiciones de la LCSP, en especial el artículo 202, o a la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”.

Esta denominada “aclaración del objeto del contrato” fue una significativa modificación del mismo que contiene los vicios de nulidad de pleno derecho siguientes:

- Modificación de un contrato que ya estaba extinguido por su cumplimiento.
- Completa omisión de cualquier procedimiento legalmente establecido.
- El objeto de la ampliación, los aparcamientos o garajes en edificaciones exclusivas, no estaban relacionados con las promociones de viviendas que, en su momento, habían sido objeto del contrato de 1993.

Con el respaldo de esta aclaración, el Consejo de administración de EMGIASA adjudica directamente a GESMASUR la promoción del ambicioso Plan de Aparcamientos que el Ayuntamiento estaba poniendo en marcha, sin respeto alguno de los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia.

Este Plan comprendía 38 aparcamientos con un total de 19.000 plazas de aparcamiento, de los cuales, EMGIASA desarrolló 21 aparcamientos.

En marzo de 2010 el Alcalde de Alcorcón puso de manifiesto que ya se había completado el 50 % de las 19.000 plazas previstas en el Plan.

III.3 Facturación de GESMASUR en el periodo 2007-2011

La identificación del objeto del contrato de febrero de 1993 con la promoción de viviendas y no, como debió haberse hecho, con la llevanza de la gestión integral de la empresa provocó que resultase admisible un sistema de determinación del precio vinculado a un porcentaje del importe de las ventas de las promociones que permitió abonos a GESMASUR muy superiores, como más adelante se indicará, a los que le hubieran correspondido si el precio se hubiese determinado de una manera acorde con el verdadero objeto del contrato, la mencionada gestión integral, mediante la fijación de los costes de personal y materiales más la estimación de un beneficio razonable.

El sistema adoptado para determinar y pagar el precio (un “dos por ciento del precio total en venta de cada una de las promociones”, debiendo satisfacerse un 20% al



principio de cada promoción y el 80% restante prorrateado en doceavas partes entre los años que durara cada promoción) reúne todas las ventajas posibles para GESMASUR, ya que por una parte se vincula a un porcentaje del precio total de venta, como ya se ha indicado, y, por otra, no se vincula su cobro al buen fin de las operaciones, es decir, a la efectiva venta de las promociones, sino que se garantiza su abono que, además, será, en buena medida, por adelantado.

Al comienzo del periodo 2007-2011 solamente debería haber estado vigente el contrato de celebrado en enero de 1999, cuya vigencia estaba pronta a finalizar por vencimiento del plazo previsto, 8 años y por cumplimiento de su objeto.

El monto total facturado por GESMASUR a EMGIASA, desde el año 1993 hasta el año 2011, fue de 26,4 millones de euros (1,8 millones de euros desde 1993 hasta 1998 y 24,6 millones de euros desde 1999 hasta 2011).

En el periodo 2007-2011 GESMASUR ha facturado a EMGIASA por las prestaciones siguientes:

Cuadro nº I

Resumen facturación del periodo 2007-2011

(En euros)

Concepto facturación	2007	2008	2009	2010	2011	Total
1ª fase del Ensanche sur	2.071.626,60	863.173,40	1.032.114,36	0,00	0,00	3.966.914,36
2ª fase del Ensanche sur	1.924.614,00	2.567.818,92	213.985,20	59.910,11	380.755,15	5.677.083,39
3ª fase del Ensanche sur		407.709,84	3.233.953,56	2.968.532,24	898.543,31	7.508.738,95
Explotación aparcamientos	532.310,08	419.686,57	868.172,94	851.935,38	460.387,88	3.132.492,85
Plan Parcial 2 Ensanche sur	17.690,00	0,00	0,00	0,00	0,00	17.690,00
Plan Parcial 3 Ensanche sur	48.488,00	0,00	0,00	0,00	0,00	48.488,00
Decimosexta Promoción	31.208,76	0,00	0,00	0,00	0,00	31.208,76
Decimoséptima Promoción	35.750,16	0,00	0,00	0,00	0,00	35.750,16
Total	4.661.687,59	4.258.388,73	5.348.226,06	4.410.377,73	1.739.686,34	20.418.366,46

Fuente: elaboración propia sobre las facturas remitidas por EMGIASA.



A GESMASUR solamente le queda por cobrar, de todo el importe facturado, la cantidad de 493.599,96, cuyo pago está vinculado a la resolución del procedimiento concursal en que se encuentra EMGIASA.

Las facturas carecen de diligencias acreditativas de entrada en el registro de EMGIASA, están visadas con un sello y rubricadas con una firma ilegible que no permite identificar quién las conforma y con arreglo a qué documentos y cálculos las acepta.

La redacción de los conceptos facturados no es suficientemente descriptiva de las prestaciones realizadas por GESMASUR ya que no identifican exactamente los trabajos ni hacen referencia a una liquidación a origen de un presupuesto aprobado para una inversión o actuación, aunque identifican el periodo de tiempo a que corresponden.

En las actas de los Consejos de Administración de los ejercicios fiscalizados no se analiza la facturación de forma expresa e independiente de las cuentas anuales, con carácter previo a su pago, ni consta tampoco que fueran aprobadas por el Gerente.

En relación con los conceptos facturados se han localizado 4 facturas por la redacción de los Planes Parciales de desarrollo de la planificación de los ámbitos 2 y 3 del Ensanche sur, por importe de 66.178,00 €, según estaba previsto en el contrato de 15 de enero de 1999.

El resto de las prestaciones facturadas no se corresponden con el contrato de gestión de suelo anterior sino que fueron calculados en atención a los importes previstos en el contrato de 1993: 2% del precio previsto de las promociones de viviendas y de las promociones de aparcamientos.

EMGIASA, tras dar por resueltas todas las relaciones jurídicas con GESMASUR, encargó una serie de dictámenes jurídicos y periciales para analizar cómo había sido la facturación que GESMASUR le había girado.

Un informe pericial emitido por una firma de asesoramiento financiero, indica, entre otras muchas cuestiones, tras analizar las Cuentas Anuales de GESMASUR de los ejercicios 2006 a 2010, obrantes en el Registro Mercantil, que "el 95,2 % de las ventas (de media de los últimos años disponibles) (de GESMASUR) corresponden a la facturación emitida por GESMASUR a EMGIASA".

Asimismo, se advierte cómo la suma de los gastos de personal (que, por el dato anterior, debía estar casi en su totalidad destinado en EMGIASA) en los ejercicios 2007 a 2010 es de 3.017.878 euros, mientras que la facturación girada a la empresa municipal por la mercantil privada, en esos mismos ejercicios, fue de 18.678.680,11 euros.



Estas magnitudes ponen de relieve la ineficiencia que supuso la creación de una empresa municipal, prácticamente vacía de infraestructura propia, de cuya gestión se hizo cargo una empresa privada, sin control público alguno.

Si el Ayuntamiento hubiera dotado a EMGIASA de los medios necesarios para realizar las funciones que iba a encomendarle, el coste de fondos públicos que ello hubiera supuesto habría sido de una sexta parte del que ha supuesto.

IV. CONCLUSIONES

1. Los estatutos de EMGIASA establecían el marco jurídico general de actuación de la empresa que debería haberse desarrollado en un Reglamento interno de organización y funcionamiento que no consta que se haya aprobado.

El Ayuntamiento no cumplió la legislación aplicable al no establecer los instrumentos de control presupuestario y contable, de contratación y patrimonial exigibles para el seguimiento de la actividad de EMGIASA.

Desde julio de 1993, el Director Técnico de EMGIASA es el Administrador de GESMASUR, con competencia para emitir recibos, facturas y control de pagos de EMGIASA con evidente conflicto de intereses y quiebra de los mecanismos de control interno de funcionamiento de esta empresa.

Por consiguiente, la regulación y organización internas de EMGIASA eran insuficientes para garantizar razonablemente la adecuación del ejercicio de sus actividades a los principios de legalidad, seguridad jurídica y transparencia, en coordinación con la administración del Ayuntamiento, titular de las competencias de ordenación y desarrollo urbanístico y de promoción de la vivienda pública.

El 21 de mayo de 2008 EMGIASA aprobó las Instrucciones internas de contratación, en cumplimiento del artículo 175 LCSP. (Apartado I.3 y Apartado III.1.2).

2. La Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón S.A. (EMGIASA) y la mercantil privada GESMASUR S.L. se constituyeron en fechas muy próximas.

EMGIASA ha carecido sustancialmente, desde el momento de su constitución hasta el cese de sus relaciones con GESMASUR, de los medios humanos imprescindibles para el desarrollo de las prestaciones de hacer de carácter intelectual que constituyen su objeto, aunque también de falta de ciertos medios materiales.

Esta carencia de medios propios, además de condicionar toda la vida jurídica de la empresa municipal ya que obligó a encargar a empresas privadas la gestión de prácticamente todas las funciones que aquella tenía atribuidas y que justificaron su



creación, hace que desaparezca el posible valor añadido pretendido por la creación de la empresa municipal debido a los sobrecostes que necesariamente provoca la contratación de ésta con terceros.

El establecimiento de entes instrumentales que son poco más que una apariencia jurídica por carecer de los medios imprescindibles para el desarrollo de las funciones que se les encomiendan es contrario al ordenamiento jurídico y a los principios de eficiencia y economía. (Apartado III.1.1 y 2)

3. EMGIASA ha celebrado desde 1993, sucesivos contratos respecto de los que no ha podido verificarse que las respectivas adjudicaciones GESMASUR hayan respondido a los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación.

Tampoco ha podido acreditarse que el órgano de contratación haya procurado en momento alguno la adecuación de los precios al mercado.

El contrato celebrado el 1 de febrero de 1993 manifestaba un objeto relativo a las promociones de viviendas del Plan Municipal de la Vivienda 1992-1995, pese a que puede afirmarse que el objeto real era la gestión integral de EMGIASA.

Se estableció un precio fijado en atención al precio de venta de las promociones de viviendas, aunque no dependiente de la efectiva venta de dichas viviendas sino abonable en todo caso y, en buena medida, por adelantado. Este sistema de determinación del precio permitió abonos a GESMASUR muy superiores a los que le hubieran correspondido si el precio se hubiese determinado de una manera acorde con el verdadero objeto del contrato, la mencionada gestión integral, mediante la fijación de los costes de personal y materiales más la estimación de un beneficio razonable.

Este contrato debió considerarse extinguido en el año 1999, por la conclusión del objeto declarado en el mismo. Sin embargo, con apoyo en él se abonaron a GESMASUR, en los ejercicios 2007 a 2011, las prestaciones efectuadas por esta última en dicho período (Apartado III.2.1 y III.3)

4. Siendo GESMASUR la empresa que llevaba la gestión integral de EMGIASA, resultó adjudicataria del contrato celebrado entre ambas el 15 de enero de 1999, pese al evidente conflicto de intereses que suponía el haber tramitado los correspondientes procedimientos. Al concurso solamente concurrió GESMASUR y, por la carencia documental señalada en el Informe, no han podido ser fiscalizadas las bases de esta licitación. (Apartado III.2.2)

5. Aunque la promoción de plazas de aparcamiento no estaba incluida en ninguno de los contratos celebrados por EMGIASA con GESMASUR, el 19 de enero de 2004, el Consejo de Administración de la empresa municipal aprueba lo que denominó "aclaración del objeto del contrato de prestación de servicios con GESMASUR", de



fecha 1 de febrero de 1993, alcanzando el mismo a los aparcamientos o garajes que promueva EMGIASA en edificaciones exclusivas”.

De esta manera, al margen completamente de la legalidad vigente, EMGIASA adjudicó directamente a GESMASUR la promoción del Plan Municipal de Aparcamientos. (Apartado III.2.4)

6. Pese a que al comienzo del periodo 2007-2011 solamente debería haberse considerado vigente el contrato de urbanización del Ensanche Sur, celebrado en 1999, GESMASUR facturó a EMGIASA (que lo abonó prácticamente en su totalidad, por un monto total en dicho periodo de 20.418.366,46 euros mediante la aplicación a las prestaciones que en ese periodo realizó ~~el~~ precio fijado, 14 años antes, en el contrato de 1993 (con la salvedad de tres facturas cuyo importe conjunto fue de 66.178,00 euros).

La magnitud de los importes abonados por EMGIASA a GESMASUR pone de relieve la ineficiencia que supuso la creación de una empresa municipal, casi vacía de infraestructura propia, de cuya gestión se hizo cargo, prácticamente sin control público alguno, una empresa privada. (Apartado III.3).

