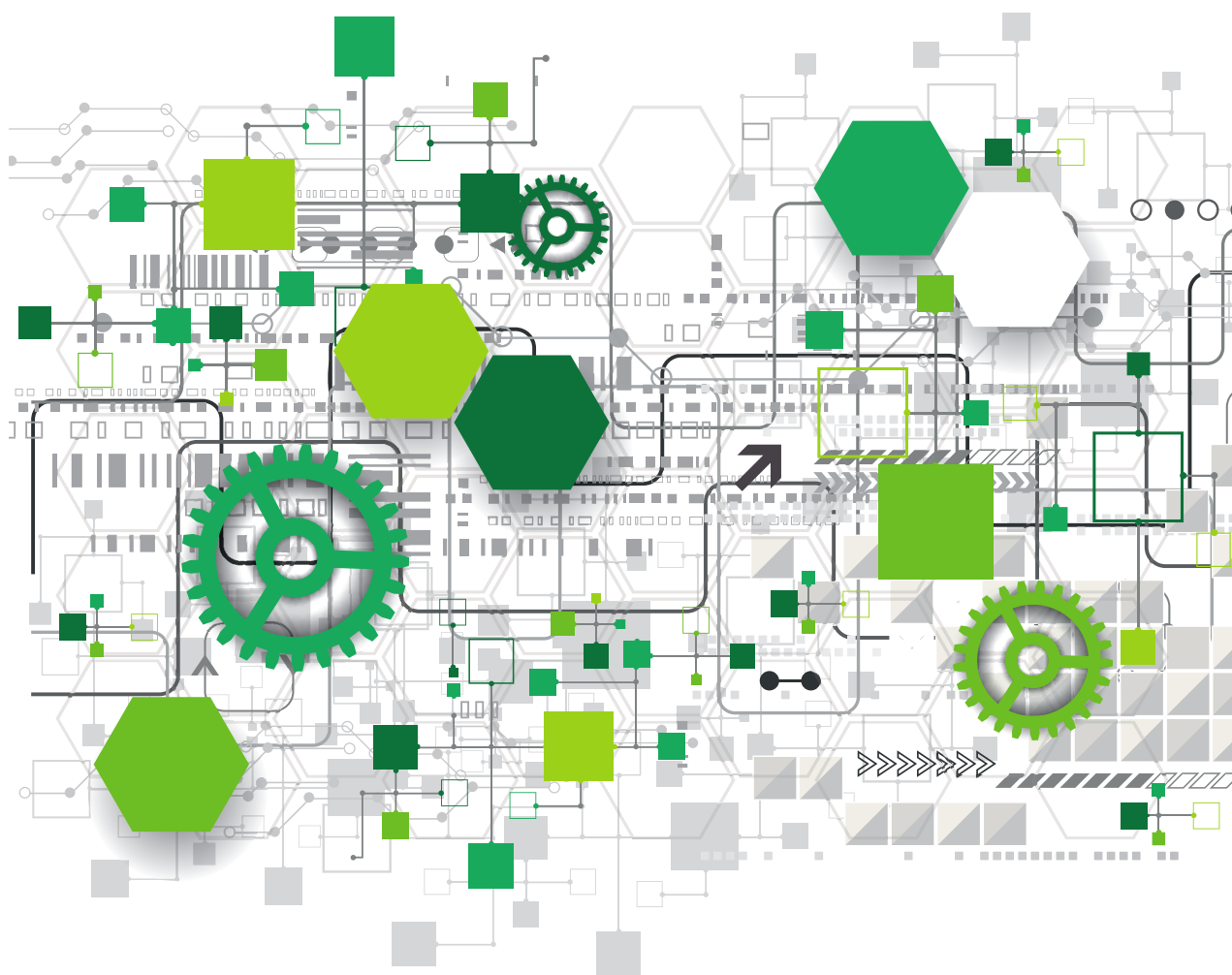


CONSTITUCIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ANDALUZA



Cuestiones jurídicas para la creación de una Cooperativa
de Servicios Públicos por el Ayuntamiento de
Villamanrique de la Condesa (Sevilla)

CONSTITUCIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ANDALUZA

**Cuestiones jurídicas para la creación de una Cooperativa
de Servicios Públicos por el Ayuntamiento de
Villamanrique de la Condesa (Sevilla)**

Directora:

Laura López de la Cruz

Investigadores:

Francisco Toscano Gil, Laura López de la Cruz





Cátedra de
Economía Social, Ética y Ciudadanía
Grupo cooperativo El Roble

Contacto:

Cátedra de Economía Social, Ética y Ciudadanía-El Roble
Universidad Pablo de Olavide, Ctra. Utrera, km. 1. 41013 Sevilla
Director: Prof. Dr. D. José Antonio Sánchez Medina
Mail: jasanmed@upo.es

©Ediciones Rodio, S. Coop. And.

©Los autores

Edición, diciembre 2016 (72 páginas)

Diseño de portada: Ediciones Rodio, S. Coop. And.

Edita: Ediciones Rodio, S. Coop. And.

Alameda de Hércules, 32-33. 1.ª planta. 41002-Sevilla

Teléfono: 955 28 74 84

Fax: 955 09 38 48

www.edicionesrodio.com

info@edicionesrodio.com

ISBN: 84-16232-63-6

ÍNDICE

Abreviaturas	5
I. Competencias y servicios municipales	7
II. Formas de constitución de una cooperativa de servicio público	20
III. Limitaciones impuestas por el apartado 1 de la Disposición adicional 9ª de la LBR	22
IV. Establecimiento del servicio y elección del modo de gestión.....	26
V. Selección del socio privado y licitación del servicio	35
VI. Socios de la cooperativa de servicios públicos: su clasificación, los porcentajes de participación de los socios privados y el momento en que debe hacerse su selección .	44
VII. Aportaciones al capital social por el socio público.....	48
VIII. Constitución de la cooperativa: procedimiento específico	56
IX. Estatutos de la cooperativa: contenido legal, objeto social, y derecho de voto.....	60
X. Régimen jurídico de prestación del servicio	65
XI. Financiación de la actividad de la cooperativa por otras entidades públicas	67

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
CEAL	Carta Europea de Autonomía Local, tratado internacional hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificado por España el 20 de enero de 1988
LAULA	Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía
LBELA	Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
LSCA	Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas
RBELA	Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero
RSCA	Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público
TRRL	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
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

CONSTITUCIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ANDALUZA

Cuestiones jurídicas para la creación de una Cooperativa de Servicios Públicos por el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa (Sevilla)

I. COMPETENCIAS Y SERVICIOS MUNICIPALES

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

1.1. PREGUNTA

Los servicios públicos que se pretenden gestionar a través de la Cooperativa de Servicios Públicos serían: el cementerio, la escuela infantil, atención a las personas mayores (ayuda a domicilio) y deportes.

¿Cuáles son competencias propias e impropias?

RESPUESTA

No es posible dar una respuesta cerrada a esta pregunta si ésta no identifica con precisión los títulos competenciales municipales. La pregunta identifica las materias, pero no las competencias (potestades sobre materias). Puede decirse que las competencias del Ayuntamiento en materia de cementerio, deportes, y ayuda a domicilio son competencias propias, mientras que la competencia en materia de escuela infantil es una competencia delegada. Todo ello sin perjuicio de que, en relación a estas mismas materias, el Ayuntamiento también pueda estar ejerciendo otras competencias delegadas o incluso competencias distintas de las propias y de las delegadas (impropias).

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

1.1.1. Sobre la relevancia de la pregunta planteada para la gestión del servicio mediante cooperativa de servicio público

Un paso previo necesario para que la cooperativa de servicio público gestione determinados servicios municipales es determinar si, efectivamente, el municipio tiene competencias sobre los mismos, así como pronunciarse sobre si el régimen de la competencia impone algún condicionante o requisito al ejercicio de la misma, en función del tipo competencial de que se trate. Téngase en cuenta que, si el municipio no tiene competencias sobre estas materias, la cooperativa no podrá ejercerlas por atribución de éste. Y que se si se trata de competencias distintas de las propias y de las delegadas (impropias), su ejercicio por el municipio, aunque

sea a través de una cooperativa, está sujeto a ciertos condicionantes (art. 7.4 LBRL). La primera cuestión la atendemos en la respuesta que se da a esta primera pregunta. De la segunda nos ocupamos después en las respuestas al segundo bloque de preguntas.

1.1.2. Necesidad de precisar la cuestión. Se requiere determinar cuáles son las competencias que se quiere que gestione la cooperativa de servicio público

Para poder responder a la primera pregunta, si el municipio tiene o no competencia, así como el tipo de competencia de que se trata, es necesario conocer con precisión a qué competencias se refiere la pregunta, que no precisa cuáles son, limitándose a identificar materias, no competencias.

En primer lugar, se ha de señalar que una competencia son potestades sobre materias. Y una característica de la competencia es su especificidad.

Así, poniendo un ejemplo, el deporte no es una competencia, sino una materia, para que haya una competencia es necesario atribuir potestades sobre esa materia. De esta forma, cuando la LAULA (art. 9.1.18) atribuye a los municipios andaluces competencias propias sobre deporte, lo hace identificando las potestades o funciones que puede ejercer el municipio sobre esa materia: promoción y gestión. De esta forma, con mayor precisión, sería competencia propia municipal “la promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público” (potestades: promoción y gestión + materias: deporte y equipamientos deportivos de uso público).

Este concepto de competencia es asumido por la LAULA, lo que se deriva con toda claridad del listado de competencias propias municipales que establece su artículo 9. Y supone una diferencia importante con la técnica empleada por el legislador estatal básico, que no siempre precisa las potestades o funciones, identificando en la mayoría de los casos sólo materias, como puede verse en el art. 25.2 LBRL. En la actualidad, el concepto legal más preciso de lo que es una competencia lo aporta el legislador vasco, que en su recién aprobada Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, contiene un precepto innovador, el art. 15.1, en el que puede leerse la siguiente definición:

“Se entiende por competencia de las entidades locales territoriales el conjunto o haz de facultades y funciones que, de acuerdo con lo previsto en las leyes o en las normas forales, corresponden a aquellas en un ámbito material concreto o en un sector o institución particular”.

1.1.3. Identificación de las posibles competencias a que se refiere la pregunta formulada

Aunque la pregunta formulada no identifica con precisión las competencias por las que se pregunta, al referirse sólo a las materias, expondremos a continuación lo que seguro puede decirse sobre las posibles competencias que el municipio pueda tener sobre estas materias.

Para ello, hay que estar a la identificación de un título competencial específico (en el caso de las competencias propias y de las delegadas) o de un título competencial genérico (en el caso de las competencias distintas de las propias y de las delegadas, esto es, las llamadas coloquialmente competencias impropias). En todo caso, el título competencial se identifica buscando en la LBRL y en la legislación sectorial, estatal y autonómica. En relación a la legislación andaluza, hay que tener en cuenta su normativa sectorial, pero también la LAULA, que cumple la función de establecer un mínimo de competencias municipales propias (art. 9).

A) Cementerio

El art. 25.2 de la LBRL establece que “el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias”, la que se encuentra en la letra k), “Cementerios y actividades funerarias”.

A su vez, el art. 26.1.a) de la LBRL obliga a todos los municipios a prestar el servicio de “cementerio”. Y aunque en este caso la técnica jurídica empleada no es la de la atribución de una competencia, sino la de la imposición de una obligación al municipio y creación de un derecho del vecino (art. 18.1g LBRL), lo cierto es que en el listado de servicios municipales obligatorios del art. 26 LBRL puede identificarse un listado de competencias mínimas del municipio.

Finalmente, para Andalucía, tanto su Estatuto de Autonomía de 2007 (art. 92.2.n), como la LAULA (art. 9.19), han precisado como competencia municipal propia en esta materia la de “cementerio y servicios funerarios” (el primero) y “ordenación, planificación y gestión, así como el control sanitario de cementerios y servicios funerarios” (la segunda).

Por tanto, puede concluirse que, con la mayor precisión posible la LAULA (art. 9.19) identifica como competencia propia de todos los municipios andaluces la siguiente: “ordenación, planificación y gestión, así como el control sanitario de cementerios y servicios funerarios”.

Esto es así sin perjuicio de que el municipio quisiera ejercer competencias distintas de las anteriores (impropias), habilitado por la cláusula general de competencia del art. 8 de la LAULA, que es un título competencial genérico. Si bien, en tal caso, deberá someterse a los requisitos establecidos por la Ley para el ejercicio de las mismas (art. 7.4 LBRL).

B) Deportes

El art. 25.2 de la LBRL establece que “el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias”, la que se encuentra en la letra l), “Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre”.

A su vez, el art. 26.1.c) de la LBRL obliga a los municipios con población superior a 20.000 habitantes a prestar el servicio de “instalaciones deportivas de uso público”. Y aunque en este caso la técnica jurídica empleada no es la de la atribución de una competencia, sino la de la imposición de una obligación al municipio y creación de un derecho del vecino (art. 18.1g LBRL), lo cierto es que en el listado de servicios municipales obligatorios del art. 26 LBRL puede identificarse un listado de competencias mínimas del municipio.

Por otra parte, para Andalucía, tanto su Estatuto de Autonomía de 2007 (art. 92.2.m), como la LAULA (art. 9.18), han precisado como competencia municipal propia en esta materia la de “promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público” (ambos), si bien la segunda, con mayor especificación en la determinación de la competencia, desagrega a continuación el anterior título competencial en otras competencias, que son las siguientes:

“a) La planificación, ordenación, gestión y promoción del deporte de base y del deporte para todos.

b) La construcción, gestión y el mantenimiento de las instalaciones y equipamientos deportivos de titularidad propia.

c) La organización y, en su caso, autorización de manifestaciones y competiciones deportivas que transcurran exclusivamente por su territorio, especialmente las de carácter popular y las destinadas a participantes en edad escolar y a grupos de atención especial.

d) La formulación de la planificación deportiva local.”

Con este último listado establecido en la LAULA (art. 9.18) se identifican en todo caso las competencias propias y mínimas que tiene el municipio de Villamanrique de la Condesa en materia de deporte, que pueden ser ampliadas por las leyes sectoriales (art. 6.2).

En relación a esto último, la recién aprobada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía (BOJA de 22 de julio de 2016), que ha sustituido a la anterior Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se limita a respetar las competencias atribuidas por la LAULA, sin incrementar el nivel de las competencias propias municipales en esta materia. De esta manera, en su art. 12.1, se dispone que “son competencias propias de los municipios en materia de deporte las reguladas en el apartado 18 del artículo 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio”.

Por tanto, puede concluirse que, con la entrada en vigor de esta nueva Ley, el municipio de Villamanrique de la Condesa tiene como competencias propias en materia de deporte las identificadas en el art. 9.18 de la LAULA.

Esto es así sin perjuicio del ejercicio por el mismo de otras competencias en materia de deporte, bien competencias que se le atribuyan por la Comunidad Autónoma como delegadas (arts. 7.3 y 27 LBRL, 16 y 19-22 LAULA), bien competencias distintas de las anteriores (impropias), habilitado en este último caso por la cláusula general de competencia del art. 8 de la LAULA, que es un título competencial genérico. Si bien, para el ejercicio de este último tipo de competencias, el municipio tendría que someterse a los requisitos establecidos por la Ley (art. 7.4 LBRL).

Lo que en ningún caso tiene el municipio, como ya hemos dicho, es un servicio obligatorio en esta materia (art. 26.1 LBRL).

C) Escuela Infantil

La prestación de un servicio de escuela infantil (primer ciclo de educación infantil de 0 a 3 años) no es en ningún caso una competencia propia municipal, puesto que no aparece identificada en tales términos ni en la LBRL (arts. 25.2 y 26) ni en la LAULA (art. 9.20) ni en la legislación sectorial (Ley 7/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía).

La única competencia municipal propia relacionada con esta materia que puede identificarse en el art. 25.2.n) de la LBRL es la de “conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil”, que, en ningún caso, puede decirse que se corresponda con una competencia de prestación del servicio público de escuela infantil, puesto que, como se puede apreciar en la comparación, potestades y materias son distintas. Además, como tiene dicho el Tribunal Constitucional desde hace ya años (STC 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, Fundamento Jurídico 3º), el art. 25.2 LBRL no funciona como un título de atribución de competencias, sino como un mínimo de materias en las que el legislador sectorial tiene que atribuir competencias a los municipios. En este sentido, el legislador andaluz (art. 9.20.c LAULA) cuando ha precisado la atribución de competencia propia a sus municipios en esta materia, les ha atribuido la de “conservación, mantenimiento y

vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de segundo ciclo de educación infantil”, mencionó ésta al segundo ciclo (3-6 años) que excluye el primer ciclo (0-3 años).

Pero más allá de que no sea posible identificar en los artículos 25.2.n) LBRL y art. 9.20.c) LAULA una competencia municipal para la prestación del servicio de escuela infantil, y de que en ambos artículos pueda detectarse una contradicción entre el mínimo garantizado en la LBRL y el reconocido en la LAULA, lo cierto es que el argumento de mayor peso para negar que los municipios andaluces tienen competencias propias en la prestación de estos servicios, lo constituye la existencia de una competencia autonómica clara en esta materia.

Así, el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (art. 52.1) establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia sobre “las enseñanzas de educación infantil”, lo que incluye, entre las muchas potestades que se desglosan en dicho precepto, competencia sobre “la programación y creación de centros públicos, su organización”, así como sobre “los servicios educativos”. Puede entonces concluirse que la prestación del servicio público de educación infantil en Andalucía es una competencia propia de la Comunidad Autónoma, no del municipio.

A este planteamiento responde la Ley 7/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, que regula la educación infantil en sus artículos 41 a 45. El art. 41.3 de esta Ley dispone lo que sigue:

“La Administración educativa garantizará progresivamente la existencia de puestos escolares en el primer ciclo de la etapa para atender la demanda de las familias. Con esta finalidad, se *crearán escuelas infantiles y se determinarán las condiciones en las que podrán establecerse convenios con las Corporaciones locales*, otras administraciones y entidades privadas sin fines de lucro” (la cursiva es nuestra).

Mientras que el apartado 1 de la Disposición adicional primera de la misma Ley 7/2007, establece esto otro:

“Los establecimientos autorizados por la Administración de la Junta de Andalucía como centros de atención socioeducativa a menores de tres años, guarderías infantiles o guarderías infantiles municipales quedan autorizados para impartir el primer ciclo de la educación infantil y, en el caso de centros públicos, se denominarán «escuelas infantiles»”.

La creación de las escuelas infantiles en Andalucía, que requiere autorización de la Consejería competente en materia de educación, se sujeta a los artículos 7 a 16 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil. El artículo 51 de este mismo Decreto desarrolla la regulación de los convenios con las corporaciones locales a los que se refiere el art. 41.3 de la Ley 7/2007, cuyo objeto es la “financiación de los puestos escolares existentes en centros educativos que impartan exclusivamente el primer ciclo de la educación infantil de los que sean titulares las Corporaciones locales”.

Puede concluirse, pues, que, aunque ni la Ley 7/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, ni el Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil, lo establezcan con la claridad y precisión técnica que sería deseable, la competencia municipal de prestación del servicio público de escuelas infantiles es una competencia propia de la Comunidad Autónoma de Andalucía que el municipio de Villamanrique de la Condesa ejerce por delegación de ésta. La existencia de un convenio con la Junta de Andalucía, y que ésta asuma la financiación del ejercicio de la competencia por el municipio, nos conducen a esta conclusión. Se trata, por tanto, de una competencia municipal atribuida por delegación (art. 7.3 LBRL), que tiene el régimen característico de estas competencias (art. 27 LBRL y arts. 16 y 19-22 LAULA).

A mayor abundamiento, puede decirse que el art. 27.3.e) de la LBRL identifica como competencia que la Comunidad Autónoma puede delegar en los municipios, “con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos”, la de “creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil”. En nuestra opinión, esta última opción es la que viene ejerciendo la Comunidad Autónoma de Andalucía en los últimos años, con la finalidad de prestar mejor el servicio.

D) Atención a los mayores: servicio de ayuda a domicilio

Lo primero que hay que decir al respecto es que ya la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales de 22 de octubre de 1996, hoy derogada, regulaba el Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación básica de los Servicios Sociales Comunitarios. Es por tanto, en el ámbito de los servicios sociales comunitarios, donde debe incardinarse la competencia en esta materia.

Es cierto que, tras la reciente reforma de la LBRL por la LRSAL, “la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social” ha salido del mínimo competencial garantizado por el legislador básico estatal (anterior 25.2.k LBRL), de tal forma que ahora sólo se garantiza una parte de éstos, la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” (vigente 25.2.e LBRL). Lo mismo ha ocurrido con su consideración de servicio obligatorio en el art. 26.1 LBRL, que también se ha visto mermada, en los mismo términos. Pero como ha dicho recientemente el Tribunal Constitucional (STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016, Fundamento Jurídico 10º), la disminución del mínimo competencial garantizado por el legislador básico estatal en el art. 25.2 LBRL a resultas de la reforma efectuada por la LRSAL, no impide a las Comunidades Autónomas atribuir a los municipios competencias propias que vayan más allá de las garantizadas por el Estado. En consecuencia, debemos examinar la legislación andaluza, para ver qué competencias atribuye a los municipios en esta materia.

Debe partirse de la base de que el Estado, en el art. 15.1.c) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha incluido dentro del catálogo de servicios propio de la misma, el “servicio de ayuda a domicilio”, que comprende: “(i) Atención de las necesidades del hogar; (ii) Cuidados personales”.

Pero ha sido la Orden de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la que ha establecido, en su art. 15.1, lo que sigue:

“El Servicio de Ayuda a Domicilio es de titularidad pública y su organización es competencia de las Corporaciones Locales de Andalucía, que podrán gestionarlo de forma directa o indirecta”.

De esta forma, aunque no con toda la precisión y corrección técnica que debería, entendemos que esta Orden del año 2007 está atribuyendo a los municipios andaluces, lo que incluye a Villamanrique de la Condesa, una competencia propia para la prestación del servicio de ayuda a domicilio. Es cierto que tradicionalmente en nuestra Comunidad Autónoma las competencias en materia de servicios sociales se han atribuido a los municipios como delegadas, como puede verse en el art. 19.2 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, pero también es verdad que tras el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (art. 92.2.c), y con la aprobación de la LAULA esto ha cambiado (art. 9.3).

El art. 92.2.c) del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 reconoce como competencia propia municipal la “gestión de los servicios sociales comunitarios”.

Y el art. 9.3 de la LAULA, atendiendo al mandato estatutario, atribuye a los municipios andaluces las siguientes competencias propias:

“Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:

- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.
- b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios. (...)”.

A su vez, debe decirse que el art. 56.1 del Proyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía (BOPA de 22 de febrero de 2016), que sustituirá a la Ley del año 1988, es respetuosa con esta atribución de competencias, al disponer que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional séptima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, son competencias propias de las entidades locales de Andalucía en materia de servicios sociales las competencias generales establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, las que se determinan como competencias propias en la Ley 5/2010, de 11 de junio, y aquellas que así estén definidas por la normativa sectorial.”.

Como se ha dicho antes, desde el año 1996, el servicio de ayuda a domicilio es considerado parte de los servicios sociales comunitarios, por lo que, tanto a la vista del citado art. 9.3 LAULA, como del art. 15.1 de la Orden de 2007, concluimos que éste debe considerarse una competencia propia municipal en Andalucía. A mayor abundamiento, debe apuntarse que esta es la misma tesis que se ha defendido en el Informe del Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla, emitido el 27 de mayo de 2014, sobre diversas cuestiones relativas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio por el Ayuntamiento de Sevilla a partir de 1 de enero de 2015.

Por razón de la precisión con la que se ha enunciado en este caso la competencia municipal, “servicio de ayuda a domicilio”, nos abstenemos de hacer consideraciones sobre otras posibles competencias de Villamanrique de la Condesa en materia de dependencia. No obstante, ello no obsta a que este municipio pudiera venir ejerciendo otras competencias en esta misma materia, bien competencias que se le atribuyan por la Comunidad Autónoma como delegadas (arts. 7.3 y 27 LBRL, 16 y 19-22 LAULA), bien competencias distintas de las anteriores (impropias), habilitado en este último caso por la cláusula general de competencia del art. 8 de la LAULA, que es un título competencial genérico. Si bien, para el ejercicio de este último tipo de competencias, Villamanrique de la Condesa tendría que someterse a los requisitos establecidos por la Ley (art. 7.4 LBRL).

1.2. PREGUNTA

Dependiendo de la respuesta que se dé a la pregunta anterior:

1ª) ¿Cuál es el procedimiento de contratación en cuanto a la gestión?

2ª) ¿En qué posición queda el Ayuntamiento con respecto a estos servicios?

3ª) ¿Cuál es el procedimiento administrativo a llevar a cabo para cada servicio?

4ª) ¿Necesita algún título habilitante o documentación por parte de la Junta de Andalucía?

RESPUESTA

1ª) El procedimiento de contratación de cada servicio público no es algo que dependa del tipo de competencia municipal. El procedimiento de contratación, una vez que se decida gestionar de forma indirecta el servicio, lo determina el TRLCSP (Libros II y III), sin vinculación alguna con el tipo de competencia de que se trate. El que sea una competencia municipal sólo determina el tipo de contrato, que sería el contrato de gestión de servicios públicos (art. 8.1 TRLCSP), lo que tampoco depende del tipo de competencia municipal que sea.

2ª) La posición en que queda el Ayuntamiento con respecto a estos servicios es la misma en la que quedaría con respecto a cualquier contratista, como Administración Pública que contrata el servicio. En atención a la posición que le otorga el TRLCSP, el Ayuntamiento tiene potestades que le permiten controlar la ejecución del contrato por la cooperativa, y que se introducen en los pliegos del contrato. Además, el que el Ayuntamiento se integre en la cooperativa como socio público, también le permite controlar la prestación del servicio.

En cualquier caso, que el servicio público se gestione indirectamente por la cooperativa no implica que el Ayuntamiento pierda la titularidad de las competencias, que siguen siendo del mismo (art. 10 LAULA).

3ª) y 4ª) En principio, para poder seguir ejerciendo estas competencias, aunque sea bajo la gestión de una cooperativa de servicio público, no es preciso tramitar ningún procedimiento administrativo ni solicitar título habilitante alguno a la Junta de Andalucía por razón de las competencias ejercidas. Estas exigencias quedan descartadas en el caso de competencias propias y delegadas. En el caso de las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación (impropias), si éstas ya se venían ejerciendo por el Ayuntamiento antes de la entrada en vigor de la LRSAL, no es preciso trámite alguno, pero si se trata de competencias nuevas, habrá que estar al procedimiento exigido por el art. 7.4 LBRL (solicitud de dos informes a la Junta de Andalucía).

Distinto de esto es la necesidad de título habilitante por razones no relacionadas con el ejercicio específico de competencias distintas de las propias y de las delegadas. La legislación sectorial puede exigir títulos habilitantes específicos en aquellos casos en que el ejercicio de la competencia local afecte a intereses supralocales, como ocurre en los supuestos de escuelas infantiles y del servicio de ayuda a domicilio.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

1.2.1. Procedimiento de contratación del servicio público y tipo de competencia municipal

El procedimiento de contratación de cada servicio público no es algo que dependa del tipo de competencia municipal. El procedimiento de contratación, una vez que se decida gestionar de forma indirecta el servicio, lo determina el TRLCSP (Libros II y III), sin vinculación alguna con el tipo de competencia de que se trate. El que sea una competencia municipal sólo determina el tipo de contrato, que sería el contrato de gestión de servicios públicos (art. 8.1 TRLCSP), lo que tampoco depende del tipo de competencia municipal que sea.

Es más, incluso en el caso de que se trate de una competencia delegada (art. 7.3 LBRL), debe respetarse “la potestad de autoorganización de la entidad local” (art. 19.2 LAULA), lo

que implica que el Ayuntamiento pueda decidir cómo gestionarla, sin perjuicio de las facultades de dirección y control que se establezcan en la delegación. También el art. 4.5 de la CEAL, tratado internacional aplicable en España, dispone que, “en caso de delegación de poderes por una autoridad central o regional, las Entidades locales deben disfrutar en lo posible de la libertad de adaptar su ejercicio a las condiciones locales”.

En cuanto al procedimiento de contratación, debe distinguirse entre el expediente de preparación del contrato (Libro II TRLCSP) y el procedimiento de selección del contratista (Libro III TRLCSP).

En relación al expediente de preparación del contrato lo usual es la tramitación ordinaria del mismo (arts. 109 y 110 TRLCSP), mientras que las tramitaciones urgentes y de emergencia son sólo para los casos excepcionales previstos en la Ley (arts. 112 y 113 TRLCSP). Por tanto, si no concurre ninguno de los supuestos excepcionales, el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa debe optar por la tramitación ordinaria del expediente de preparación del contrato.

En relación al procedimiento de selección del contratista, una vez que el Ayuntamiento ha decidido optar por utilizar la cooperativa de servicio público como modo de gestión del servicio (art. 277.d TRLCSP), debe seleccionar los socios privados de la cooperativa igual que se selecciona a los contratistas, utilizando los procedimientos establecidos en el art. 138 TRLCSP. La adjudicación se realiza, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, puede seguirse el procedimiento negociado (art. 138.2 TRLCSP).

1.2.2. Posición del Ayuntamiento con respecto a la prestación de los servicios

El art. 101.2, último inciso, del RSCA establece que “las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos”. Esta cautela del reglamento andaluz no deja de ser un recordatorio, por lo demás, bastante obvio, de la posición jurídica de las entidades públicas en relación a sus competencias, sobre las que no pierden el control aunque decidan que éstas sean gestionadas por un tercero, como es el caso. Menos aún si la entidad pública se integra en la entidad que se constituye para la gestión de la competencia, que es lo que ocurre, típicamente, en los supuestos en que se opta por sociedades de economía mixta, como es la cooperativa de servicios públicos.

Debe tenerse en cuenta, pues, que la posición en que queda el Ayuntamiento con respecto a estos servicios es la misma en la que quedaría con respecto a cualquier contratista, como Administración pública que contrata el servicio, puede exigir la ejecución del contrato, que, en este caso, es la prestación del servicio público. En este sentido, podrá exigir el cumplimiento de todas las cláusulas contenidas tanto en los pliegos como en el contrato, y muy específicamente, las relativas a las condiciones de calidad, frecuencia, universalidad, precios, condiciones medioambientales, aspectos sociales, etc. con que hayan de prestarse el servicio. En atención a la posición que le otorga el TRLCSP (Libro IV), el Ayuntamiento tiene potestades que le permiten controlar la ejecución del contrato por la cooperativa.

Destaca la previsión del art. 212.1 TRLCSP, que permite al Ayuntamiento imponer penalidades al contratista en los casos de cumplimiento defectuoso del contrato o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido, siempre y cuando estas penalidades se hayan incluido antes

en los pliegos o en el documento contractual. Las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

También debe llamarse la atención sobre la norma específica que, para este tipo de contrato, establece el art. 279.2 del TRLCSP, según la cual, “en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”.

Pero es que, además, debe considerarse que el hecho de que el Ayuntamiento se integre en la cooperativa como socio público, también le permite controlar la prestación del servicio mediante el voto ponderado y la reserva orgánica previstos en la LSCA y en el RSCA. A este respecto, en el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, se dice que:

“La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común” (apartado 54).

1.2.3. Posición del Ayuntamiento con respecto a las competencias

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el hecho de que el servicio público se gestione indirectamente por la cooperativa no implica que el Ayuntamiento pierda la titularidad de las competencias, que siguen siendo del mismo (art. 10 LAULA). Simplemente, el Ayuntamiento ha optado por gestionarlo de forma indirecta, pero sin perder las competencias, que ahora se ejercen por la cooperativa. Téngase en cuenta que lo propio del contrato de gestión de servicios públicos, que es nuestro caso, es que la Administración encomienda a una persona, en nuestro caso la cooperativa, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propio de su competencia por la Administración encomendante (art. 8.1 TRLCSP).

La LAULA distingue entre titularidad y ejercicio, como dos dimensiones diferentes de la competencia, que normalmente van juntas, pero que también pueden ir separadas. Si bien, tratándose de competencias propias, el municipio nunca podrá perder su titularidad, aunque sí, temporalmente, no llevar a cabo directamente su ejercicio, precisamente para garantizar el mismo, y esto es lo que ocurre cuando decide que se ejerza a través de una cooperativa de servicio público.

El art. 10 de la LAULA, rubricado “Ejercicio y titularidad de las competencias locales”, establece lo siguiente:

“Para el ejercicio de sus competencias, la prestación de servicios y el desarrollo de iniciativas económicas, los municipios podrán asociarse entre sí o con otras entidades locales, administraciones públicas o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, delegar o encomendar el ejercicio de competencias y utilizar cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las leyes, sin que en ningún caso se vean afectadas ni la titularidad de las competencias ni las garantías de los ciudadanos”.

1.2.4. Títulos habilitantes y procedimientos necesarios para el ejercicio de estas competencias por razón de la LRSAL

En el ejercicio de competencias propias o de competencias atribuidas por delegación (art. 7.1 LBRL) no exige ningún condicionante específico por razón del tipo de competencia de que se trate. Esto sólo es así en el caso de las competencias distintas de las propias y de las delegadas (competencias impropias), en atención a las exigencias establecidas por el art. 7.4 LBRL tras la LRSAL.

Las primeras se ejercen en función de un título competencial específico: la ley en el caso de las propias (art. 25.3 LBRL), el acuerdo o acto de delegación en el caso de las delegadas (art. 7.3 LBRL). Las segundas en función de un título genérico (como el contenido en el art. 8 de la LAULA, en el vigente art. 7.4 de la LBRL, o en los arts. 25.1 y 28 de la LBRL en sus versiones previas a la LRSAL), lo que no quiere decir que no tengan un fundamento en la ley, pues es ésta la que permite su ejercicio.

Esta interpretación ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en su reciente STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016 (Fundamentos Jurídicos 10º a 12º). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional en la misma sentencia (Fundamento Jurídico 10º), ha apuntado sobre este último tipo competencial (competencias impropias) lo siguiente:

“La doctrina las ha denominado, en positivo, competencias propias generales. Se distinguen de las competencias propias del art. 25 LBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas. Si las reguladas en el art. 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones”.

Es por esta razón por la que al principio de este dictamen hemos llevado a cabo la tarea de buscar los títulos competenciales en cada una de las materias por las que se nos preguntaba. Como se puede ver ahora, que la competencia sea propia, atribuida por delegación o distinta de las anteriores, es algo que tiene trascendencia sobre el régimen de ejercicio de la misma, por razón de las limitaciones que ha impuesto la LRSAL.

En los casos en que se ha concluido que la competencia es propia o delegada, la LRSAL no exige requisito alguno para su ejercicio. Una vez atribuida la competencia, no hay requisitos específicos de ejercicio impuestos por la LRSAL, puesto que ésta sólo impone condicionantes en su atribución.

No es éste el caso de las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación (impropias), en el que deben distinguirse dos supuestos, conforme a las exigencias del art. 7.4 de la LBRL, y atendiendo al desarrollo normativo efectuado por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Así, el caso de las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación (impropias), si éstas ya se venían ejerciendo por el Ayuntamiento antes de la entrada en vigor de la LRSAL, no es preciso solicitar informe alguno a la Junta de Andalucía. Por el contrario, si se trata de competencias nuevas, que no se ejercían antes de la entrada en vigor de la LRSAL, sí hay que solicitar los informes que acrediten que ni se incurre en duplicidad ni se pone en riesgo la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal.

Para el primer supuesto, el art. 2.3 del citado Decreto-Ley 7/2014, establece lo siguiente:

“No será necesaria la solicitud de los informes mencionados en el supuesto de que se vinieran ejerciendo dichas competencias, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en virtud del artículo 8 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y del artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, antes de su supresión por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en cuyo caso se podrán seguir prestando los servicios o desarrollando las actividades que se llevaban a cabo, siempre que, previa valoración de la propia entidad local, no incurran en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público y cuenten con financiación a tal efecto”.

La previa valoración de la propia entidad local a que se refiere el precepto funciona a todos los efectos como una especie de autoinforme que deberá emitir el propio Ayuntamiento como único condicionante para el ejercicio de la competencia.

También debe tenerse en cuenta al respecto, el art. 2.3 del Decreto-Ley, que se refiere a actividades complementarias de las anteriores, no propiamente al ejercicio de nuevas competencias, lo que permite que:

“En los supuestos en los que la entidad local desee impulsar un determinado programa complementario, realizar una actividad concreta o proceda, en su caso, a la realización de cualesquiera actividades propias del normal desenvolvimiento del servicio en un ámbito competencial que se venga ejerciendo de conformidad con los apartados anteriores, no deberá seguirse el procedimiento regulado en los artículos siguientes del presente Decreto-ley”.

Para el segundo supuesto, el art. 2.2 del mismo Decreto-Ley 7/2014, dispone lo que sigue:

“Los informes previstos en el apartado anterior deberán solicitarse por la entidad local con carácter previo al inicio del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, así como en los supuestos de modificación sustancial de las actividades o servicios que se vengán llevando a cabo o prestando, enmarcados en el ejercicio de dichas competencias, que pudiesen provocar la existencia de duplicidades en su prestación o afectar a la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local.”

En lo que hace al procedimiento, órganos competentes, documentación a presentar, todo ello, se regula en los artículos 2 a 4 del citado Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Aunque la entrada en vigor de este Decreto-Ley en Andalucía suscitó ciertas dudas de inconstitucionalidad al Gobierno de la Nación, que planteó la posible interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo, debe decirse que la interpretación de la LRSAL realizada por Andalucía en este Decreto-Ley fue aceptada por el Estado, lo que evitó la interposición del recurso. Puede verse al respecto el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de Administración Local (BOE de 23 de marzo de 2015). Por otra parte, debe apuntarse que la reciente STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto

por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL, también ha contribuido a despejar gran parte de la inseguridad jurídica que generó la Ley estatal.

Cabe pues concluir que, tratándose de competencias propias o delegadas, el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa no tendrá que realizar, en atención a la LRSAL, trámite alguno para su ejercicio. Y que tratándose de competencias distintas de las anteriores (impropias), bastará con el autoinforme municipal, salvo que se quieran ejercer nuevas competencias de este tipo, en cuyo caso habrá que solicitar los dos informes autonómicos.

1.2.5. Títulos habilitantes y procedimientos necesarios para el ejercicio de estas competencias por razones externas a la LRSAL

Distinto de la necesidad de solicitar los informes de sostenibilidad y duplicidad en el caso de ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas, es la necesidad de tener que contar, en su caso, con otros títulos habilitantes distintos, por razones que no se encuadran en las exigencias de la LRSAL. Así, la legislación sectorial puede exigir títulos habilitantes específicos en aquellos casos en que el ejercicio de la competencia local afecte a intereses supralocales.

La existencia de títulos habilitantes autonómicos para el ejercicio de competencias municipales casa mal con la autonomía local. Esto es así especialmente en el caso de las competencias propias, que son manifestación directa de este principio constitucional (art. 137 CE), de tal modo que, como establece el art. 7.2 de la LBRL, “se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”. Distinto es el caso de las competencias delegadas, siendo así que en el art. 7.3 de la LBRL, se dispone que “las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia”.

Para poder pronunciarse sobre si es necesario un título habilitante autonómico por razones distintas de la LRSAL, para el ejercicio de sus competencias por el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa, debe precisarse antes la concreta competencia sobre la que se hace esta pregunta. Tomamos, a modo de ejemplo, la competencia del servicio de escuela infantil y la del servicio de ayuda a domicilio.

Como ya se ha dicho en este informe, la competencia de prestación del servicio de escuela infantil se ejerce por el Ayuntamiento como competencia delegada. Para la creación de una escuela infantil es necesaria autorización de la Consejería competente en materia de educación, conforme a lo establecido en el art. 10.2 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil.

A este fin, es preciso reunir los requisitos establecidos en los artículos 11 a 15 del Decreto citado. El procedimiento para la autorización de apertura y funcionamiento, así como para la modificación, extinción o revocación de la misma, será el establecido en el Decreto 109/1992, de 9 de junio, sobre autorizaciones de centros docentes privados para impartir enseñanzas de régimen general, que ha sido modificado parcialmente por Decreto 140/2011, de 26 de abril. La Consejería competente en materia de educación inscribirá de oficio en el Registro de Centros Docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía los centros que sean autorizados para impartir el primer ciclo de educación infantil.

A diferencia de la competencia que acabamos de ver, el servicio de ayuda a domicilio sí es una competencia propia, como ya se apuntó en este dictamen. Pese a ello, la existencia de intereses supralocales justifica que la Comunidad Autónoma haya previsto que para la gestión indirecta del servicio de ayuda a domicilio, las entidades o empresas que lo presten deban cumplir con una serie de requisitos de acreditación recogidos en el art. 17 de la Orden de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así lo dispone el art. 15.2 de la misma Orden.

Esto supone la necesidad de obtener una acreditación autonómica para poder ejercer el servicio de ayuda a domicilio mediante una cooperativa de servicio público. Para ello, hay que estar al procedimiento regulado en el art. 18 de la Orden citada.

II. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE UNA COOPERATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

2. PREGUNTA

¿Cuáles son las vías para la constitución de una Cooperativa de Servicio Público?

RESPUESTA

Existen dos vías principales para poner en marcha o constituir una cooperativa de servicios públicos: a) el Ayuntamiento promueve la constitución de la sociedad cooperativa, buscando los socios que se incorporen a la misma; b) el Ayuntamiento se incorpora como socio a una sociedad cooperativa ya constituida, y ésta se convierte después en cooperativa de servicios públicos.

Los pasos exactos que exigen una u otra vía de constitución se irán precisando con detalle, pero en primer lugar se han de determinar dos cuestiones previas necesarias: la decisión de establecer el servicio y de gestionarlo a través de una Cooperativa de Servicios Públicos.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

2.1. Los pasos previos necesarios: establecer el servicio y optar por gestionarlo mediante cooperativa de servicios públicos

La puesta en marcha de una Cooperativa de Servicios Públicos pasa por la adopción de dos decisiones previas por parte del Ayuntamiento, que serán desarrolladas con más detalle en

otra parte del dictamen, pero que deben apuntarse ya aquí, a fin de que se tenga una visión global del proceso. Estas dos decisiones son las siguientes: 1ª) la decisión de establecer el servicio; 2ª) la decisión de gestionar el servicio mediante una cooperativa de servicios públicos.

La primera decisión, crear el servicio (art. 30 LAULA), la damos por tomada, puesto que el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa viene de hecho gestionando ya estos servicios, si bien bajo otras modalidades de gestión distintas de la que ahora se quiere. No obstante, haremos algunas consideraciones sobre este tema en próximas páginas.

En lo que hace a la segunda decisión, optar por gestionar el servicio mediante una cooperativa de servicios públicos (arts. 85.2 LBRL y 33 LAULA), la forma en que tal decisión debe tomarse será analizada más adelante, pues lo que nos interesa ahora en este apartado es incidir sobre lo que es específico de la constitución de este tipo de sociedades.

2.2. Las dos vías de constitución de una cooperativa de servicios públicos

Por tanto, partiendo de la base de que el Ayuntamiento optó ya por establecer los servicios, así como por gestionarlos mediante este concreto modo de gestión que establece el art. 101 RSCA, debe pasarse ahora a exponer las dos formas que existen para poner en marcha o constituir una cooperativa de servicios públicos:

a) El Ayuntamiento promueve la constitución de la sociedad cooperativa, buscando los socios que se incorporen a la misma

En esta primera forma de poner en marcha una cooperativa de servicios públicos, la promoción de la constitución de la cooperativa por el Ayuntamiento (art. 101.2 RSCA) presupone que la cooperativa es una entidad nueva, que no existía hasta ahora, y que se constituye por el Ayuntamiento, como socio promotor, y con los socios privados que concurren con éste en la constitución de la cooperativa.

En este proceso, los principales pasos a seguir son los siguientes: 1º) selección de los socios privados, 2º) licitación del servicio público, y 3º) constitución de la sociedad.

b) El Ayuntamiento se incorpora como socio a una sociedad cooperativa ya constituida, y ésta se convierte después en cooperativa de servicios públicos

En esta segunda forma de poner en marcha una cooperativa de servicios públicos, la cooperativa no es una entidad nueva, sino un ente preexistente, ya constituido, si bien, no es una cooperativa de servicios públicos, sino otro tipo de cooperativa, una de las previstas en el art. 83 de la LSCA. Ello exige transformar la cooperativa, del tipo que sea, en cooperativa de servicios públicos tras la incorporación del Ayuntamiento a la misma (arts. 78 LSCA y 65 RSCA).

En este proceso, los principales pasos a seguir son los siguientes: 1º) selección de la cooperativa, 2º) licitación del servicio público, y 3º) transformación de la sociedad.

A lo largo de este dictamen se analizarán cada uno de estos procedimientos, de forma sistemática y ordenada, al hilo de las distintas preguntas y problemas que se le plantean.

III. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL APARTADO 1 DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 9ª DE LA LBRL

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

3. PREGUNTA

La Disposición adicional 9ª de la LBRL establece restricciones que pueden afectar a la constitución de una cooperativa de servicios públicos. Teniendo en cuenta que, en todo caso, la constitución de una cooperativa implica la aportación económica al capital social de la misma, ¿Es viable cuando un Ayuntamiento se encuentra bajo la vigencia de un plan de ajuste?

RESPUESTA

La prohibición de la Disposición Adicional 9ª de la LBRL de constituir o participar en todo tipo de entidades mientras esté vigente un plan de ajuste, afecta a la constitución de una Cooperativa de Servicios Públicos.

Pese a ello, el Ayuntamiento tiene dos opciones: a) esperar a que termine la vigencia del plan de ajuste para constituir la cooperativa de servicios públicos; b) integrarse en una cooperativa ya constituida, no afectada por estas restricciones, y promover a continuación su transformación en cooperativa de servicios públicos.

Las limitaciones que también prevé la Disposición Adicional 9ª de la LBRL a la realización de aportaciones patrimoniales o a la suscripción de ampliaciones de capital no son aplicables a este supuesto, puesto que afectan sólo a las entidades públicas empresariales locales y a las sociedades mercantiles locales, lo que no es el caso, puesto que una sociedad cooperativa es otra cosa. Y aunque se entendiera que sí le es aplicable, hay que tener en cuenta las excepciones que establece la misma Disposición.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

3.1. Importante cuestión previa para la constitución de una cooperativa de servicios públicos por una Administración local

Con la justificación de atender al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el ámbito local (art. 135 CE), en el año 2013 el legislador español aprobó la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), cuya entrada en vigor supuso la aplicación de importantes limitaciones y restricciones a la actividad de las entidades locales españolas.

Entre las medidas adoptadas por la LRSAL deben destacarse en este momento las recogidas en la nueva Disposición adicional novena de la LBRL, que lleva por rúbrica “Redimen-

sionamiento del sector público local”. Se trata de una serie de normas que, en su aplicación a supuestos bien heterogéneos, lo que pretende en el fondo es reducir el tamaño del sector público local, de tal modo que este redimensionamiento al que alude la disposición no es más que un eufemismo que encubre los términos adelgazamiento, reducción o eliminación.

El sector público local comprende entidades muy heterogéneas, de Derecho público (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, consorcios) y de Derecho privado (fundaciones, sociedades mercantiles), dependientes o vinculadas a la Administración local, con participación íntegramente pública o incluso parcial. Tales son los términos, ampliados a propósito, con los que se pronuncia la Ley, con la intención de afectar, sin apenas discriminar, al mayor número de sujetos posibles.

En la medida en que una sociedad cooperativa es una sociedad, y la Disposición Adicional 9ª se refiere expresamente a este tipo de entidades, en sentido amplio, debe plantearse como una importante cuestión previa, que determinará la viabilidad o no del proyecto, en qué medida afectan estas restricciones a la constitución de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos.

3.2. La inclusión de la constitución de una Cooperativa de Servicios Públicos en el supuesto de hecho del primer párrafo del apartado 1 de la Disposición adicional novena de la LBRL

El apartado 1 de la Disposición adicional novena de la LBRL, establece lo siguiente:

“Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley (...) no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.”

Entre las entidades afectadas por esta prohibición se encuentra el municipio. En la medida en que un Ayuntamiento se encuentre bajo la vigencia de un plan de ajuste, esta limitación le será directamente aplicable mientras dicho plan esté vigente.

La aprobación de un plan de ajuste es una medida prevista en la Disposición adicional primera de la LOEPSF, que se erige en requisito para que las entidades locales puedan solicitar al Estado medidas extraordinarias o mecanismos adicionales de apoyo a la liquidez. El plan de ajuste debe ser acorde al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública. Se regula en el art. 7 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. En éste se dispone que el plan de ajuste aprobado se extenderá durante el período de amortización previsto para la operación de endeudamiento establecida.

Por tanto, esta limitación sí afectaría tanto a la constitución como a la participación en una Cooperativa de Servicio Público por el Ayuntamiento, puesto que, aunque las cooperativas de servicios públicos no están incluidas expresamente en el elenco de entidades enumeradas en este apartado, se trata de un listado de carácter abierto en cuanto a estos entes, cuyo sentido, además, está claro, impedir que la constitución o participación en nuevas entidades, del tipo que sea, altere el cumplimiento del plan de ajuste.

No obstante, una vez que termine la vigencia del plan de ajuste, esta limitación dejaría de ser aplicable al Ayuntamiento, que sí podría constituir o participar en la constitución de una cooperativa de servicios públicos.

3.3. La aplicación de la excepción del segundo párrafo del apartado 1 de la Disposición Adicional 9ª de la LBRL

Hemos también de plantearnos la posibilidad de aplicar, como excepción a la prohibición que acabamos de exponer, lo que se establece por la misma Disposición Adicional 9ª LBRL en el siguiente párrafo:

“Las entidades mencionadas en el párrafo anterior durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.”

Aunque es cierto que esta Disposición establece una excepción, debe tenerse en cuenta que dicha excepción no es una excepción a la prohibición que antes hemos expuesto, de constituir o participar en nuevas entidades, como una cooperativa de servicio público que se quisiera constituir en el futuro o en cuya constitución futura se quisiera participar. Se trata de una prohibición distinta, es una prohibición a participar en entidades ya constituidas, preexistentes, que tengan problemas de financiación, y referida además sólo a determinados tipos de entidades.

En una primera lectura la prohibición enunciada en el segundo párrafo de la Disposición Adicional 9ª LBRL parece reiterativa de la establecida en el primer párrafo, pero no lo es, porque, como decimos, no se refiere a nuevas entidades, en cuyo caso esta norma no tendría sentido, ya que bastaría con aplicar la prohibición del primer párrafo, que está formulada en términos muy amplios, sin necesidad de especificación alguna.

La primera diferencia, por tanto, con la prohibición del primer párrafo, es que esta otra prohibición no se refiere a nuevas entidades, sino a entidades ya constituidas, preexistentes, en el momento de entrada en vigor de la LRSAL, o antes de que el municipio aprobara su plan de ajuste. Además, se trata de entidades con necesidades de financiación, aspecto que coadyuva en la interpretación de que no son entidades nuevas, sino entidades ya constituidas, que están funcionando.

Por otro lado, la significación de esta última expresión, tener necesidades de financiación, es lo de menos, pues lo relevante aquí es la realización de aportaciones patrimoniales o la suscripción de ampliaciones de capital de otra entidad, que puede afectar al recto cumplimiento del plan de ajuste por el Ayuntamiento, razón por la que se proscribe.

La segunda diferencia es que no se refiere a todo tipo de entidades, sino sólo a entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales. Y una sociedad cooperativa no es una sociedad mercantil, aunque ambas tengan notas, e incluso normas, comunes. Aunque algún sector de la doctrina defiende que la sociedad cooperativa es una entidad mercantil,

otros muchos autores de reconocido prestigio lo niegan. Y de hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de cooperativas (STC 72/1983, de 29 de julio), algo impensable si se identificara a la sociedad cooperativa como una sociedad mercantil, pues se estaría incumpliendo el art. 149.1.6ª CE (véase también la STS de 1 de febrero de 1992). En todo caso, ello no impide que a las cooperativas se les pueda aplicar alguna norma mercantil en materias concretas, por ejemplo, en materia de contabilidad.

Podría plantearse en este punto la extensión de esta prohibición a las cooperativas de servicio público, dada la analogía existente entre estas sociedades y las sociedades mercantiles. Si bien, hay que apuntar, en primer lugar, que no es lo mismo una sociedad mercantil local, controlada mayoritariamente por entidades locales (gestión directa), que una cooperativa de servicio público, en la que el Ayuntamiento no puede tener más de un 49% (gestión indirecta). Y, en segundo lugar, que, al tratarse de una prohibición o restricción, una norma de carácter limitativo, no debe hacerse esta interpretación extensiva, conforme a lo que dispone el artículo 4 del Código Civil.

3.4. La opción alternativa para eludir la prohibición establecida por el apartado 1 de la Disposición Adicional 9ª de la LBRL: participar en una cooperativa ya constituida

Pese a las limitaciones expuestas en los apartados anteriores, existe, en nuestra opinión, una opción a considerar. Constatado que el Ayuntamiento que esté bajo la vigencia de un plan de ajuste no puede ni constituir ni participar en la constitución de una cooperativa de servicio público hasta que termine la vigencia de éste, la opción alternativa a esperar a que termine el plan de ajuste sería que se incorporara como socio a una cooperativa ya constituida. Se trata del segundo de los modos de constitución de una cooperativa de servicios públicos al que ya nos hemos referido en páginas anteriores.

Al tratarse de una entidad ya constituida, la cooperativa ya existente no estaría afectada por la prohibición del primer párrafo del apartado 1 de la Disposición Adicional 9ª LBRL, que es, como hemos razonado antes, para entidades nuevas. Para ello, hay que entender, que la incorporación del Ayuntamiento a una cooperativa ya constituida no es creación de un nuevo ente, sino mutación, transformación o modificación del mismo, en el caso de que, a continuación, pase de ser sociedad cooperativa (del tipo que sea) a Cooperativa de Servicio Público, lo que no exige la creación de una nueva persona jurídica, de una entidad nueva (arts. 78 LSCA y art. 65 RSCA).

Aunque se trate de una entidad preexistente, puede defenderse que, al no ser ni entidad pública empresarial ni sociedad mercantil local, no puede aplicársele por analogía el régimen excepcional o limitativo del segundo párrafo del apartado 1 de la Disposición Adicional 9ª LBRL, que prohíbe la realización de aportaciones patrimoniales o la suscripción de ampliaciones de capital. Aunque esta calificación de la cooperativa como entidad no mercantil, como ya se ha indicado, no goza de apoyo unánime entre los juristas, por lo que en última instancia se tendría que estar a la interpretación que hicieran los tribunales de justicia, en su caso.

Por ello, aún en el caso de que se le aplicara esta prohibición, entraría en juego la excepción prevista en el mismo párrafo, según la cual, el Ayuntamiento podrá “realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido

con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”.

Por tanto, aunque un Ayuntamiento, al estar bajo la vigencia de un plan de ajuste, no puede constituir o participar en la constitución de una cooperativa de servicio público de nueva creación hasta que el plan expire, lo que sí puede hacer es incorporarse como socio a una sociedad cooperativa ya constituida, que posteriormente se transformará en Sociedad Cooperativa de Servicio Público. A este supuesto no le es de aplicación ninguna de las prohibiciones del apartado 1 de la Disposición Adicional 9ª de la LBRL.

IV. ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO Y ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

4. PREGUNTAS

¿Qué pasos previos hay que seguir para la constitución de una Cooperativa de Servicios Públicos? ¿Estaríamos ante un modo de gestión directa o indirecta de los servicios públicos? ¿Qué modalidad debe adoptar el contrato de gestión de servicios públicos necesario para la puesta en marcha de la cooperativa?

RESPUESTAS

La constitución de una cooperativa de servicios públicos exige, en primer lugar, establecer o crear el servicio que se quiere gestionar. Si el servicio no estuviera ya creado por el Ayuntamiento, sería necesario seguir las normas que para ello establece la LAULA, que exige que el servicio público se cree mediante ordenanza local. A continuación, el Pleno del Ayuntamiento debe elegir la modalidad de gestión del servicio, que, en nuestro caso, es gestión indirecta, mediante el contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de sociedad de economía mixta. La cooperativa de servicios públicos encaja en el concepto de sociedad de economía mixta, establecido por la legislación de contratación pública, y se somete a sus normas.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Como se ha apuntado ya en las páginas precedentes, la puesta en marcha de una Cooperativa de Servicios Públicos pasa por la adopción de dos decisiones previas por parte del Ayuntamiento. Estas dos decisiones son las siguientes: 1ª) la decisión de establecer el servicio; 2ª) la decisión de gestionar el servicio mediante una cooperativa de servicios públicos. A analizar ambas cuestiones dedicamos las siguientes páginas.

4.1. El establecimiento o creación del servicio público

Para abordar esta primera cuestión, hay que partir del concepto de servicio público local que nos proporciona la LAULA.

Así, en su art. 26.1, bajo la rúbrica “Servicios locales de interés general”, puede leerse que:

“Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.”

A continuación, el art. 26.2 de la misma Ley, reconoce que:

“Las entidades locales, actuando de forma individual o asociada, tienen plena libertad para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios locales de interés general de su competencia, de acuerdo con la ley y el Derecho europeo.”

Se reconoce de esta manera en este precepto la potestad de constituir los servicios públicos, que engloba también la de su modificación y supresión, así como la regulación del mismo. Esta potestad pública se enmarca dentro de la más amplia potestad de autoorganización, que es, de entre las potestades administrativas, la que como mínimo se reconoce a toda organización pública, la potestad más característica de éstas (véase, en el ámbito local, la STC 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, Fundamento Jurídico 6º). Tal potestad aparece expresamente reconocida para las entidades locales andaluzas, en su conexión con el principio de autonomía local, en el art. 5.1 de la LAULA. A su vez, la plena libertad de la que gozan las entidades locales para el ejercicio de la potestad de autoorganización en su vertiente dinámica de organización del servicio, aparece reconocida desde antiguo por nuestra jurisprudencia (STS de 8 de marzo de 1935, pero también STS de 21 de febrero de 1979, así como con carácter más reciente: SSTS de 11 de marzo de 1988, de 26 de febrero de 1990 y 18 de julio de 1997).

Por otra parte, según el art. 27 de la LAULA, “el régimen de los servicios locales de interés general de la Comunidad Autónoma de Andalucía se inspira y fundamenta en los siguientes principios:

1. Universalidad.
2. Igualdad y no discriminación.
3. Continuidad y regularidad.
4. Precio adecuado a los costes del servicio.
5. Economía, suficiencia y adecuación de medios.
6. Objetividad y transparencia en la actuación administrativa.
7. Prevención y responsabilidad por la gestión pública.
8. Transparencia financiera y en la gestión.
9. Calidad en la prestación de actividades y servicios.
10. Calidad medioambiental y desarrollo sostenible.
11. Adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa.”

Puede concluirse hasta aquí que los servicios que son objeto de este dictamen, a las que nos referimos en las primeras páginas, pueden incluirse, sin ninguna duda, en el concepto de servicios locales de interés general que establece la LAULA, asumiendo el Derecho de la Unión Europea.

Una vez aclarado esto, que estamos ante servicios locales de interés general, hay que responder a la pregunta de si estos servicios se prestan en régimen de servicio público o en régimen de servicio reglamentado, partiendo de la base de que la Ley otorga a las entidades locales la potestad de utilizar ambas opciones, si bien con requisitos y bajo condicionantes distintos (art. 28.1 LAULA).

Dice la Ley (art. 28.2 LAULA) que “los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación”. Por otra parte, “los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por particulares conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general” (art. 28.3 LAULA).

Habida cuenta de que lo que el Ayuntamiento quiere es prestar el servicio mediante la constitución de una Cooperativa de Servicios Públicos, creemos que no hay ninguna duda en que estamos ante un servicio que se va a prestar en régimen de servicio público. Es por esto que la norma aplicable para el establecimiento del servicio es el art. 30 LAULA, no el 29, que es para los servicios que se prestan en régimen de servicio reglamentado.

El art. 30 LAULA regula la creación de servicios públicos mediante ordenanza local. Exige, pues, que se establezca una regulación, aprobada por el Pleno, y que ésta adopte en todo caso la forma de ordenanza local (art. 22.2.d LBRL).

Dice el art. 30.1 LAULA lo siguiente:

“Las entidades locales acordarán, por medio de ordenanza, la creación y el régimen de funcionamiento de cada servicio público local. La prestación del servicio se iniciará a la entrada en vigor de la ordenanza correspondiente.”

El art. 30.3 LAULA determina el contenido mínimo de la ordenanza creadora y reguladora del servicio público, que debe establecer al menos lo siguiente:

- a) Alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones que incluya.
- b) Forma de financiación del servicio, especificando, cuando estén previstas aportaciones de los usuarios, si se establecen o no diferencias económicas en beneficio de las personas o los grupos sociales de menor capacidad económica o merecedoras de especial protección.
- c) Modalidades de gestión y sanciones que se puedan imponer al prestador.
- d) Estándares de calidad del servicio.
- e) Derechos y deberes de los usuarios.
- f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.

En cuanto a la mayoría que necesita el Pleno del Ayuntamiento para aprobar esta Ordenanza, por la que se crea y regula el servicio, estimamos que es suficiente mayoría simple, ya

que la LBRL sólo exige mayoría absoluta para la elección del modo de gestión del servicio (art. 47.2.k), por lo que debe aplicarse la regla general (art. 47.1).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, una vez creado el servicio público, el art. 30.4 LAULA dispone que “todo ciudadano o ciudadana podrá exigir en la vía administrativa, o en el orden jurisdiccional correspondiente, la prestación del servicio público en los estrictos términos regulados en la correspondiente ordenanza”. Es cierto que los supuestos que estamos analizando en este dictamen no son necesariamente servicios públicos obligatorios, cuya prestación viene impuesta por el legislador básico estatal en el art. 26 LBRL, y cuya exigencia en vía judicial es un derecho del vecino, conforme al art. 18.1.g) LBRL. No obstante, una vez creado el servicio, y en virtud de la LAULA, existe una acción pública a favor de todo ciudadano para exigir en vía administrativa o en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la prestación del servicio público local en los estrictos términos regulados en la correspondiente ordenanza.

4.2. La elección del modo de gestión del servicio público

Una vez creado el servicio, procede adoptar una decisión sobre la concreta forma de gestión del mismo, eligiendo una en concreto de entre las diversas opciones que ofrece el ordenamiento jurídico. Esto último es lo que en el Derecho español se ha conocido tradicionalmente como los modos de gestión de los servicios públicos, y constituye una parte medular de la disciplina del Derecho administrativo, y, en particular, de la teoría del servicio público. La elección de la forma de gestión del servicio entra de lleno dentro de las potestades que tiene la entidad local sobre el servicio público, que pasan, como hemos señalado, por su creación, regulación, modificación, extinción, y también, claro está, la decisión sobre cómo gestionarlo. Todas estas potestades públicas se insertan en la más genérica potestad de autoorganización local a la que ya también nos hemos referido.

La LBRL distingue en su art. 85.3 entre la gestión directa y la gestión indirecta. Esta misma línea divisoria es asumida por la LAULA en su art. 33. La competencia de nuestra Comunidad Autónoma para regular los modos de gestión de los servicios públicos locales la establece el art. 60.1.c) del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, y a ello responde el art. 33 de la LAULA, amparándose en esta competencia las innovaciones que pueda introducir el legislador andaluz con respecto a los arts. 85 y ss. de la LBRL, como, por ejemplo, la regulación de las fundaciones públicas locales.

A este esquema competencial entendemos que responde también la regulación específica de un nuevo modo de gestión del servicio público por Andalucía, la cooperativa de servicios públicos, en los artículos 107 de la LSCA y 101 del RSCA. Es cierto que, como veremos más adelante, la asimilación de las cooperativas de servicios públicos con las sociedades de economía mixta previstas en los artículos 277.d) del TRLCSP y 85.2.B) LBRL, le da cierto anclaje básico a esta nueva forma de gestión. De tal forma que, lo que habría hecho el legislador andaluz sería desarrollar este régimen básico en la LSCA y en su RSCA. Lo criticable sería que, en favor de una buena sistemática, no lo haya hecho mediante una modificación de la LAULA, incorporando a ésta la nueva regulación de esta forma de gestión del servicio público, o encajándola dentro de la empresa mixta de colaboración público-privada regulada por esta Ley (art. 43). Pese a estas objeciones, que son más de técnica normativa que otra cosa, pensamos que existen asideros suficientes (los preceptos citados) para defender que lo que ha hecho Andalucía con los artículos 107 de la LSCA y 101 del RSCA es, o bien establecer

un nuevo modo de gestión de los servicios públicos locales, o bien desarrollar la sociedad de economía mixta como modo de gestión ya establecido por el Estado, todo ello en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía.

Debe decirse que, aunque esta figura específica de la cooperativa de servicios públicos resulte una fórmula novedosa, sólo prevista hasta ahora en la Comunidad Autónoma de Valencia (art. 99 de la ya derogada Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, art. 99 del vigente Decreto legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana), la sociedad cooperativa como forma de gestión del servicio ya se recogía en otras Comunidades Autónomas (art. 198 de la Ley Foral 6/1990 de 2 de julio, de la Administración local de Navarra; art. 308 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia; art. 216 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón; art. 217 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo de la Administración local de La Rioja; art. 266 del Decreto Legislativo de 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña; art. 171 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y Régimen Local de Illes Balears; art. 295 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña; y art. 315 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón). Además, resulta interesante recordar que las sociedades cooperativas, como modo de gestión de los servicios públicos, aparecían expresamente en la redacción del art. 85.4 de la LBRL que estuvo vigente en España desde su aprobación en 1985 hasta 2003 (Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local).

Pero es que, además, se debe defender el carácter abierto para los entes locales de los modos de gestión de los servicios públicos, entendiendo que, pese al elenco cerrado que contiene la enumeración del art. 85.2 LBRL, las propias entidades locales pueden elegir otras formas de gestión no previstas expresamente en este artículo. El fundamento de esta argumentación es, una vez más, el amplio alcance de la potestad de autoorganización (art. 4.1.a LBRL) en su conexión con el principio de autonomía local (art. 137 CE).

En todo caso, la competencia para elegir el modo de gestión corresponde al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.2.f LBRL), mediante acuerdo del mismo que debe adoptarse por mayoría absoluta, ya que así lo exige expresamente el art. 47.2.k) de la LBRL.

4.3. La diferenciación entre gestión directa e indirecta

El art. 33.1 de la LAULA establece, asumiendo la clásica división marcada por el legislador básico estatal, lo siguiente:

“Los servicios públicos locales pueden gestionarse **de forma directa**, por la propia entidad, o **de forma indirecta**, mediante modalidades contractuales de colaboración”.

Añade en el art. 33.2 LAULA qué es gestión directa:

“Tiene la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes”.

Y en el art. 33.4 LAULA:

“Son modalidades contractuales de colaboración las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos”.

La gestión directa se caracteriza porque el servicio público se gestiona por la propia entidad local, bien mediante sus propios servicios u organización interna, bien a través de entidades instrumentales vinculadas o dependientes de la misma, ya sean entidades de derecho público (agencias), ya sean de derecho privado (sociedades y fundaciones). Esto es, otras entidades, con personalidad jurídica diferenciada de la del Ayuntamiento, pero, en todo caso, dependientes del mismo.

Pero al hilo de esto último debe destacarse la que es una importante nota definitoria de la gestión directa. Si se utiliza una entidad instrumental de derecho privado, como una sociedad mercantil (art. 38 LAULA), ésta debe estar en todo caso íntegramente participada por el Ayuntamiento, o incluso por varios Ayuntamientos, si estamos ante una sociedad interlocal (art. 39 LAULA). Pero sin que se dé nunca espacio a la participación privada, por terceros ajenos al sector público. Esto es, la sociedad mercantil tiene que ser enteramente pública, no cabe participación privada, pues si hubiera tal, se estaría dando entrada en la gestión del servicio público a un particular, y entonces estaríamos ante una modalidad de gestión indirecta. Con toda claridad, lo exige el art. 38.3 LAULA, que al regular la sociedad mercantil local como modalidad de gestión directa, dispone que “su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local” (también el art. 39.1 LAULA para la sociedad interlocal, que requiere “capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado”).

Por el contrario, la gestión indirecta se caracteriza porque el servicio público se asume por un tercero, al que el Ayuntamiento le cede el ejercicio de la competencia, que no la titularidad, siendo esto lo característico del contrato de gestión de servicios públicos, en la forma en que aparece regulado por el art. 8.1 del TRLCSP. Recordemos que en este precepto se establece que:

“El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública (...) encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (...) encomendante”.

La presencia de terceros en la gestión del servicio es lo que justifica el recurso a las modalidades contractuales de colaboración público-privada previstas en el TRLCSP. No es la Administración ni ninguna de sus entidades dependientes la que presta el servicio público, el ordenamiento permite a la Administración elegir que lo gestione un tercero, pero para que este tercero colabore con ella es necesario que se celebre un contrato entre ambos, y que el contratista sea seleccionado mediante un procedimiento basado en la libre concurrencia, exigencias éstas de nuestro Derecho interno (art. 1 TRLCSP), pero también del Derecho europeo (Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/24/UE).

Este contrato es el contrato de gestión de servicios públicos (art. 8.1 TRLCSP), puesto que éste constituye propiamente su objeto, en los términos que acabamos de ver. Y las modalidades del mismo aparecen enunciadas en el art. 277 del TRLCSP. De todas ellas, concesión, gestión interesada y concierto, tienen en común el que la Administración no se integra en la organización de la gestión del servicio por el tercero.

Es distinto el caso de la sociedad de economía mixta, en la que la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Esto es, en esta modalidad de contratación, la Administración sí participa en la organización de la gestión del servicio con el tercero, integrándose con éste en la persona jurídica que se crea a tal efecto, la sociedad de economía mixta. Estamos ante lo que el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, ha denominado, diferenciándola de las formas de colaboración contractuales en sentido estricto, colaboración institucionalizada (apartado 20).

Es cierto que en este último supuesto la Administración participa de la constitución de una nueva personificación jurídica, una sociedad en la que se integra, y de la que forma parte. Podría pensarse que el hecho de que el Ayuntamiento se integre en esta sociedad para gestionar el servicio es tanto como gestionarlo por sí misma, que el Ayuntamiento y la sociedad son la misma persona, cayendo en la tentación de asimilar esta sociedad a una forma de gestión directa. Este planteamiento debe descartarse de forma tajante por varias razones.

La primera, porque la mera presencia de terceros en la sociedad que se constituye supone ya la participación de éstos en la gestión, particulares externos a la titularidad y al ejercicio de poderes públicos, cuya presencia inclina la balanza del lado de la gestión indirecta (Sentencia del TJCE, Asunto C-26/03, Stadt Halle, Rec. 2005, I-1, apartado 49), obligando a arbitrar el mecanismo que les dé participación, por mínima que ésta sea, en el ejercicio de competencias públicas (este mecanismo sería el contrato).

La segunda porque aún en el caso de que se obviara esta primera objeción, debe tenerse en cuenta que en la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos la participación del Ayuntamiento no puede ser nunca superior a un 49%, según exigencia legal (art. 54.3 LSCA). Esto último implica la falta de control mayoritario o de posición dominante en la sociedad por parte de la entidad local. Lo que no obsta, recordemos, a que el Ayuntamiento tenga potestades que le permitan controlar la prestación del servicio durante la ejecución del contrato por la cooperativa, que haría las veces de contratista de la Administración. Pero en cualquier caso, y precisamente también por esto último que acabamos de decir, teniendo bien claro que la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos no es el Ayuntamiento.

Así, a diferencia de una sociedad mercantil local íntegramente participada por la Administración local (art. 38.3 LAULA), y a la que el Ayuntamiento puede hacerle encomiendas de gestión como medio propio del mismo, sin necesidad de someter el encargo a licitación pública (arts. 24.6 y 4.1.n TRLCSP, y, recuérdese, además, en el primero de estos artículos, que “si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”), la Cooperativa de Servicios Públicos no es el Ayuntamiento, no es medio propio del mismo, y la gestión del servicio por ésta exige en todo caso una licitación. Otra cosa será, cómo y en qué momento se haga esta licitación, cuestiones éstas que analizaremos más adelante.

4.4. La Cooperativa de Servicios Públicos como sociedad de economía mixta

Como ya se ha dicho, la consideración de las sociedades cooperativas como sociedades de economía mixta aparecía en la versión inicial de la LBRL de 1985 (art. 85.4), aunque se elimina en el año 2003, cuando se decide no enumerar en la LBRL las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, sino simplemente remitir a la enumeración que se hiciera en

la ley de contratación pública. Pese a ello, la cuestión no debe plantear mayores dudas, puesto que algunas Comunidades Autónomas han seguido utilizando a las cooperativas como modalidad de gestión de los servicios públicos (en una regulación similar a la andaluza, Valencia, pero no sólo). No cabe duda de que, cuando se plantean las distintas formas societarias que pueden encajar en la modalidad de la sociedad de economía mixta, se han de incluir sin ningún reparo a las sociedades cooperativas.

La sociedad de economía mixta se caracteriza, según el art. 277.d) TRLCSP, por ser una sociedad mixta participada por la Administración, directamente o a través de sus entes instrumentales, y en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Es claro que en este concepto encaja como un guante la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos regulada en el art. 101 del RSCA. Piénsese que esta sociedad: 1) se constituye para la prestación de servicios públicos (art. 101.1 RSCA); 2) cuenta con participación pública y privada (art. 101.2 RSCA).

Es cierto que puede inducir a cierta confusión la expresión del art. 101.1 RSCA, que habla de “prestación directa” de los servicios por la cooperativa. En nuestra opinión, no es más que una desafortunada expresión terminológica que no debe llevar a pensar que estamos ante una modalidad de gestión directa. Como decimos, la presencia de particulares en la sociedad descarta tajantemente esta interpretación.

En el TRRL se distinguen entre las sociedades locales como forma de gestión directa (art. 103) y las sociedades como forma de gestión indirecta (arts. 104 y 105). Estamos ante una norma estatal cuyos preceptos, al menos en este punto, no tienen carácter básico, salvo en lo que coincidan con la LBRL (Disposición final 7ª TRRL), pero que sí es de aplicación supletoria a las entidades locales.

Atendemos a los arts. 104 y 105 TRRL, pues, como se ha explicado, la sociedad de economía mixta es una modalidad de gestión indirecta. Pues bien, en el art. 104.1 TRRL, se dice que:

“Para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad”.

El art. 105 TRRL dispone que:

“En las Sociedades mercantiles o cooperativas a que se refiere el artículo anterior, la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquella”.

También al respecto, el art. 103 del RSCL, establece que:

“Las Empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada”.

Esto es, una sociedad cooperativa que se configure como sociedad de economía mixta es una sociedad con limitación de responsabilidad. Ni más ni menos que lo ya es de por sí una sociedad cooperativa, conforme a su configuración legal (art. 53.2 LSCA). Ningún problema, por tanto, a este respecto.

La LAULA también dedica un artículo a la regulación de la sociedad de economía mixta, que realmente añade poco a lo establecido por la legislación básica estatal, con la que es

plenamente respetuosa. Así, en el art. 43 de la LAULA, bajo la rúbrica “La empresa mixta de colaboración pública-privada”, se puede leer lo que sigue:

“1. Los entes locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas. La empresa mixta es una sociedad mercantil con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local.

2. En todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público.”

En este punto hubiera sido deseable que el legislador andaluz hubiera modificado este precepto para dar cabida en buena técnica normativa a las cooperativas de servicios públicos. Hubiera bastado con que en el art. 43.1 LAULA se hubiera suprimido el adjetivo “mercantil”. Pese a ello, como ya hemos dicho, nada obsta a incluir a las cooperativas de servicios públicos dentro de esta figura, en la medida en que comparten las notas características de la empresa mixta de colaboración pública-privada, y, en todo caso, lo que es más relevante, la de las fórmulas institucionalizadas de colaboración público-privada a las que se refiere el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (apartado 53).

4.5. La Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos no es una sociedad de mercado sino una sociedad de servicio público

Existe una última cuestión que debemos tratar aquí, en pos de la claridad conceptual y terminológica, y a fin de evitar la aplicación de normas que no vienen al caso. No debe confundirse la utilización de la sociedad de economía mixta como sociedad de servicio público, que es nuestro caso, con su uso como sociedad de mercado, que no lo es.

Esta diferenciación es la que subyace en la acertada regulación separada que ha hecho la LAULA de la empresa mixta de colaboración pública-privada (art. 43), por un lado, y la empresa pública local (art. 46), de otro. La primera es una sociedad de servicio público, la segunda una sociedad de mercado.

El objeto de una sociedad de servicio público es gestionar servicios de interés general (art. 43.1 LAULA). El objeto de una sociedad de mercado es canalizar la potestad que la CE (art. 128.2) atribuye a las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas (art. 46.1 LAULA). La empresa pública local realiza “actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia” (art. 46.3 LAULA), lo que no es el caso de la empresa mixta de colaboración pública-privada, que actúa en un régimen de servicio público (art. 30 LAULA).

Ambas tienen en común la participación pública-privada (arts. 43.1 y 46.2 LAULA), pero sólo la sociedad de servicio público exige libre concurrencia en el proceso de selección de los socios privados (art. 43.2 LAULA), porque tiene por objeto la gestión de un servicio público, y la libre concurrencia es una exigencia de la legislación de contratos públicos y de las directivas europeas en materia de contratación.

En cualquier caso, esta matización lleva a una importante consecuencia. Los preceptos sobre la empresa pública local previstos en la LAULA (arts. 46 y ss.) no se aplican para la constitución de una cooperativa de servicios públicos.

V. SELECCIÓN DEL SOCIO PRIVADO Y LICITACIÓN DEL SERVICIO

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

5. PREGUNTAS

1ª) Siendo dos las modalidades: la licitación de socios o la licitación del servicio, ¿Qué procedimiento es más fácil y rápido?

2ª) ¿Cuál de ellas proporciona mayores posibilidades de que el desarrollo económico y social que se pretende quede en el municipio, es decir, que no sea gestionado por una empresa externa con trabajadores no locales?

3ª) ¿Qué procedimiento es primero, el de creación de la cooperativa a nivel municipal o el de licitación de los socios?

4ª) ¿Cuánto es el tiempo total de duración de cada uno de estos procedimientos?

RESPUESTAS

1ª) Lo más práctico (fácil y rápido) es hacerlo a la vez, se licitan los socios y el servicio al mismo tiempo. Esto es, en la licitación de los socios se incluye la licitación del servicio, y éstos se seleccionan en atención a ésta.

Sólo habría que realizar una nueva licitación del servicio si, posteriormente a la constitución de la cooperativa, se quisiera que ésta gestione algún otro servicio que no se tuvo en cuenta cuando se seleccionaron los socios. En este caso, son dos las opciones posibles: a) ampliar participaciones y socios vinculados al nuevo servicio, se licitan de nuevos los dos al mismo tiempo, en la misma forma en que se hizo la primera vez; b) no se amplían participaciones y socios, sólo se licita el servicio, la cooperativa concurre a la licitación, y de resultar adjudicataria gestiona el servicio como concesionario.

2ª) Que el adjudicatario del servicio sea la cooperativa u otra empresa no es algo que dependa, en principio, del procedimiento que se emplee.

No obstante, deben valorarse las posibles ventajas que puede suponer el que, licitando socios y servicios al mismo tiempo, no se hagan posteriormente nuevas licitaciones una vez constituida la cooperativa. Ello requiere que en la primera licitación se tengan en cuenta todos los servicios que se quieran prestar en el futuro.

De tener que realizarse nuevas licitaciones en el futuro, en atención a servicios no previstos, deberían ponderarse también las posibles ventajas de hacerlo ampliando socios y participaciones.

Estas opciones deben conjugarse con la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos del contrato.

3ª) Primero se seleccionan los socios y se licita el servicio, atendiendo a la normativa de contratación pública, y luego se constituye la cooperativa, conforme a la LSCA y al RSCA. Si bien, en la selección de los socios y licitación del servicio se tiene que tener en cuenta ya la constitución de la sociedad de economía mixta, que adoptará, en su caso, la forma de cooperativa. Eso sí, no puede hacerse determinando de forma cerrada un concreto tipo societario, porque ello sería discriminatorio, contrario a los principios que rigen la contratación pública.

Distinto es el caso de que se trate de una cooperativa ya creada, en la que se integre el municipio. En este supuesto, primero se seleccionan los socios de una entidad ya constituida, licitándose el servicio al mismo tiempo, atendiendo a la normativa de contratación pública. Si como resultado de la licitación el contrato se adjudica a la cooperativa, tras la integración del Ayuntamiento en la misma, se procede a la transformación de ésta en cooperativa de servicios públicos, conforme a la LSCA y al RSCA. También en este caso, en la selección de los socios y licitación del servicio debe tenerse en cuenta la futura transformación en cooperativa de servicios públicos, si fuera una cooperativa la adjudicataria del contrato.

4ª) No se puede determinar con precisión el tiempo exacto de duración de cada procedimiento, pues éste variará en función de las diversas hipótesis concurrentes, las que resulten de las distintas opciones que ofrece la normativa de contratación pública (TRLCSF), en atención a los diversos tipos de expedientes de preparación del contrato, así como a los distintos procedimientos que existen para la selección del contratista. Además, cada uno de estos procedimientos presenta múltiples especialidades en atención a opciones diversas que pueden llevar a caminos y plazos muy distintos.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Como ya se ha expuesto en este dictamen, existen dos vías principales para poner en marcha una cooperativa de servicios públicos: a) el Ayuntamiento promueve la constitución de la sociedad cooperativa, buscando los socios que se incorporen a la misma; b) el Ayuntamiento se incorpora como socio a una sociedad cooperativa ya constituida, y ésta se convierte después en cooperativa de servicios públicos. En ambos casos, dado que el objeto de la cooperativa será la gestión de servicios públicos, la selección de los socios privados debe hacerse mediante procedimientos que impliquen libre y pública concurrencia y eviten las discriminaciones, porque así lo exigen los principios del Derecho de la contratación pública, tanto interno como europeo.

La LAULA atiende a estos principios en su art. 43.2, cuando para la constitución de una sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos, como lo que es la cooperativa de servicios públicos, exige lo siguiente:

“En todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público.”

En esta parte del dictamen utilizaremos como fundamento de nuestras afirmaciones la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en

materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02). Esta Comunicación no crea ninguna normativa nueva, pero refleja la interpretación que la Comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Por tanto, aún no siendo propiamente una fuente del Derecho, constituye un recurso de indudable autoridad.

5.1. Selección del socio privado y licitación del servicio para el caso de que el Ayuntamiento quiera constituir una cooperativa *ex novo*

Si se quiere constituir una cooperativa de servicio público *ex novo*, los artículos 104 RSCL y 104.2 TRRL ofrecen dos opciones para la selección del socio privado:

- a) La suscripción pública, no de acciones, sino de participaciones en el capital social.
- b) El concurso de iniciativas en el que los concursantes formulen propuestas respecto a la futura sociedad (modo de constituir el capital social, participación reservada al Ayuntamiento en la dirección, etc.).

A continuación, una vez seleccionados los socios, debe procederse a licitar el servicio, lo que se haría eligiendo el contrato de gestión de servicios públicos en el expediente de preparación (art. 8.1 y arts. 109 y ss. TRLCSP), y utilizando alguno de los procedimientos de licitación previstos en el art. 138 TRLCSP.

No obstante, la Comisión Europea considera que lo más práctico es seleccionar socios y licitar el servicio al mismo tiempo, esto es, que la selección de los socios se haga en atención a la prestación del servicio. Para ello, los socios deberán reunir las condiciones objetivas de capacidad y solvencia que se requieran para la prestación del concreto servicio (art. 54 TRLCSP).

Así, en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), se establece lo siguiente:

“La Comisión considera a este respecto que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica.

Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.” (apartado 2.2).

Por tanto, debe entenderse que, lo que recomienda la Comisión, como fórmula más respetuosa de los principios de contratación pública es:

1. Licitación simultánea de socios y servicios, respetuosa de los principios de libre concurrencia y no discriminación.

2. Que en la licitación se tenga en cuenta la contribución del socio privado a la prestación y gestión del servicio. Esto es, el socio se selecciona en atención a su capacidad para prestar y gestionar el servicio público.
3. Que en la licitación se incluya que el servicio se gestionará mediante la modalidad de sociedad de economía mixta. Pero sin cerrarla a un concreto tipo societario, como la cooperativa, lo que sería discriminatorio.
4. Si se quiere dejar abierta la posibilidad de que en el futuro la sociedad preste otros servicios, deberá preverse desde el principio, teniéndose en cuenta en la licitación inicial de socios y servicios.

5.1.1. Sobre la necesidad de respetar el principio de libre concurrencia en la selección del socio privado, se ha pronunciado también de forma tajante la Comisión en el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones:

“La Comisión también desea recordar que la participación del organismo adjudicador en la entidad mixta, que se convierte en cotitular del contrato al término del procedimiento de selección, no justifica que no se aplique el Derecho en materia de contratación pública y concesiones en la selección del socio privado, puesto que la aplicación de dicho Derecho comunitario no depende del carácter público, privado o mixto del contratista del organismo adjudicador. Como confirmó el Tribunal de Justicia en el asunto *Teckal*, el Derecho mencionado se aplica cuando un organismo adjudicador decide confiar una tarea a un tercero, es decir, una persona jurídicamente distinta”. (apartado 63).

En el mismo sentido, puede leerse en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), lo que sigue:

“Las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto. En cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden «recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta»” (apartado 2.2).

5.1.2. Acerca de los criterios de selección y adjudicación en la determinación del socio privado, en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), puede leerse que:

“Según la Comisión, el Derecho comunitario obliga a la entidad adjudicadora a publicar los criterios de selección y adjudicación para la determinación del socio privado de la CPPI. Los criterios aplicados deben respetar el principio de no discriminación. (...) La selección de candidatos a participar en el procedimiento y la selección de ofertas se han de efectuar tomando como base esos criterios, y la entidad adjudicadora debe observar las reglas de procedimiento y los requisitos fundamentales fijados inicialmente”.

“Las directivas sobre los contratos públicos prevén obligaciones específicas en lo que se refiere a las capacidades personales del socio privado, como son la situación personal del candidato, su capacidad económica y financiera, su habilitación para ejercer la actividad profesional en cuestión y su capacidad técnica y/o profesional.” (apartado 2.3.4).

5.1.3. Sobre la necesidad de tener en cuenta en la licitación que el servicio se gestionará mediante la modalidad de sociedad de economía mixta, considerando la futura constitución de la misma, la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), establece que:

“Los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia. En el marco de la creación de una CPPI, esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes: el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse y los estatutos de dicha entidad, el pacto entre accionistas y todos los demás elementos por los que se rige, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse. Si la entidad adjudicadora aplica el diálogo competitivo o el procedimiento negociado, es posible que una parte de esa información no tenga que fijarse por anticipado. Estos elementos se pueden determinar durante el diálogo o la negociación con las empresas candidatas. La convocatoria de licitación debería incluir información sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar.” (apartado 2.3.5).

5.1.4. La posibilidad de que la sociedad preste otros servicios en el futuro, debe preverse desde el principio, para que pueda tenerse en cuenta en la licitación inicial de socios y servicios. Así, en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), puede leerse que:

“Las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones.”

“Sin embargo, como la CPPI se suele crear para prestar un servicio durante un período bastante largo, debe estar en condiciones de adaptarse a determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia. Así, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, y definir el marco en el que se ha de desarrollar el procedimiento, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.” (apartado 3).

Y en otro apartado de la misma Comunicación interpretativa de la Comisión se dice que:

“Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.” (apartado 2.3.5).

También al respecto, en nuestro Derecho interno, debe tenerse en cuenta la Disposición adicional 29ª del TRLCSP, que lleva por rúbrica “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”, y que es una plasmación de la jurisprudencia del TJCE en esta materia. Su texto dice así:

“1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.”

5.2. Gestión de servicios que no se incluyeron en la licitación

Si una vez constituida la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos, se quiere que ésta gestione servicios que no se tuvieron en cuenta en la licitación, caben dos opciones:

- a) Ampliar participaciones y socios vinculados al nuevo servicio, se licitan de nuevos los dos al mismo tiempo, en la misma forma en que se hizo la primera vez.
- b) No se amplían participaciones y socios, sólo se licita el servicio, la cooperativa concurre a la licitación, y de resultar adjudicataria gestiona el servicio como concesionario.

La nueva licitación del servicio no puede eludirse de ninguna de las maneras, porque vulneraría los principios de contratación pública (Sentencia del TJCE de 15 de octubre de 2009, asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, etc.). Esto es, el Ayuntamiento no puede atribuir nuevas tareas o servicios a la cooperativa sin pasar por una licitación. Recuérdese, además, que la cooperativa no es medio propio del Ayuntamiento (arts. 24.6 y 4.1.n TRLCSP).

Al respecto, puede leerse en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), lo siguiente:

“Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación. El TJCE con-

sidera que un término es esencial, en particular, cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta. Cabe citar, como ejemplo de términos esenciales del contrato, el objeto de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.”

“En Derecho comunitario, la entidad de capital mixto es libre, como cualquier operador económico, de participar en las licitaciones públicas. Esto vale también para las adjudicaciones que son necesarias por una modificación importante o una prolongación de los contratos públicos o las concesiones ya adjudicados a la entidad de capital mixto por la entidad adjudicadora que la creó. En ese caso, la entidad adjudicadora debe prestar especial atención a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores. Deben tomarse medidas de salvaguardia específicas para garantizar la separación estricta de las personas que preparan la licitación y deciden sobre la adjudicación de la misión dentro de la entidad adjudicadora, por una parte, y las que se ocupan de la gestión de la CPPI, por otra, y para impedir cualquier transmisión de información confidencial de la entidad adjudicadora a la entidad de capital mixto.” (apartado 3).

E, igualmente, en otro apartado de la Comunicación interpretativa de la Comisión, desde la perspectiva de las cuestiones que deben tenerse en cuenta en la primera licitación, puede leerse que:

“Es deseable que el contrato entre la entidad adjudicadora y el socio privado defina, de entrada, el camino a seguir cuando no se adjudica ninguna tarea adicional a la entidad de capital mixto y/o cuando no se renuevan los contratos públicos que tiene encomendados. Según la Comisión, conviene formular los estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado. Como el socio privado no se puede excluir de oficio de un nuevo procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora deberá prestar especial atención, en ese caso, a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores.” (apartado 2.3.5).

Finalmente, también puede leerse sobre este tema en el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones:

“Por último, conviene recordar que, si la entidad mixta tiene calidad de organismo adjudicador, dicha calidad le obliga también a respetar el Derecho aplicable en materia de contratación pública y concesiones a la hora de asignar al socio privado tareas que no hayan sido sacadas a concurso por parte del poder adjudicador con anterioridad a la constitución de la entidad mixta. El socio privado no puede aprovechar su posición privilegiada en la entidad mixta para reservarse determinadas tareas sin convocatoria de concurso previa”. (apartado 64).

Además, los estatutos de la cooperativa deben incluir la posibilidad de ampliar a nuevos y concretos servicios (art. 11 LSCA).

5.3. Condiciones más favorables para que el servicio se gestione por la cooperativa

Que el adjudicatario del servicio sea la cooperativa u otra empresa no es algo que dependa, en principio, del procedimiento que se emplee.

No obstante, deben valorarse las posibles ventajas que pudiera suponer el que, licitando socios y servicios al mismo tiempo, no se hagan posteriormente nuevas licitaciones una vez constituida la cooperativa. Como ya se ha dicho en los apartados precedentes, ello requiere que en la primera licitación se tengan en cuenta todos los servicios que se quieran prestar en el futuro, lo que necesariamente deberá ir vinculado a la capacidad y solvencia de los socios que se seleccionen.

De tener que realizarse nuevas licitaciones en el futuro, en atención a servicios no previstos, deberían ponderarse también las posibles ventajas de hacerlo ampliando socios y participaciones de la cooperativa ya constituida. Esto es, se trataría de llevar a cabo una nueva licitación que atienda a la selección de nuevos socios en atención a nuevos servicios, que también se licitan, en lugar de optar por licitar únicamente el nuevo servicio mediante la modalidad contractual de la concesión.

Para obtener las condiciones más favorables posibles a que el servicio se gestione por la cooperativa, todas estas opciones deben conjugarse con la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos del contrato, en la forma establecida en el TRLCSP, como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118), como criterios de valoración de las ofertas (art. 150) o como criterios de desempate o preferencia en caso de empate entre ofertas de los licitadores (Disposición Adicional 4ª).

5.4. Selección del socio privado y licitación del servicio para el caso de que el Ayuntamiento se quiera integrar en una cooperativa preexistente

Si lo que se quiere es integrar al Ayuntamiento en una cooperativa ya constituida, y transformar luego ésta en cooperativa de servicios públicos, estaríamos en el supuesto descrito en el art. 104.1ª del RSCL:

“Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social.”

Este procedimiento exigiría modificación de los estatutos de la cooperativa de acuerdo con lo establecido en el art. 105 del RSCL:

“1. Cuando la Corporación interviniera en una Empresa, a tenor del número 1.º del artículo anterior, la Sociedad continuará rigiéndose por sus propios Estatutos.

2. La Junta General podrá, no obstante, con el «quórum» dispuesto para la modificación de los Estatutos, modificarlos para que la Empresa pase a ser propiamente mixta o sometida al presente Reglamento.”

Finalmente, habría que pasar en todo caso por una modificación de la cooperativa, para transformarla en cooperativa de servicios públicos, siguiendo el procedimiento establecido en la LSCA y en el RSCA (arts. 74 LSCA y art. 59 RSCA), que expondremos en otra parte de este dictamen.

Lo que diferenciaría esta forma de constitución de la cooperativa de servicio público de la que expusimos en primer lugar, es que en este supuesto la cooperativa ya está constituida, si bien, sin participación del municipio, que no forma parte de la misma. Lo primero que hace el Ayuntamiento en este supuesto es licitar socios y servicios, siendo lo último la transformación de la cooperativa preexistente en cooperativa de servicio público, eso sí, en el caso de que resulte adjudicataria del contrato tras el procedimiento de selección.

Debe tenerse bien presente que este modo de constitución de la cooperativa de servicio público tiene en común con el primero, los siguientes condicionantes derivados del Derecho de la contratación pública, que no pueden obviarse porque se haga de esta otra manera:

- 1) Licitación simultánea de socios y servicios, respetuosa de los principios de libre concurrencia y no discriminación.
- 2) Que en la licitación se tenga en cuenta la contribución del socio privado a la prestación y gestión del servicio. Esto es, el socio se selecciona en atención a su capacidad para prestar y gestionar el servicio público.
- 3) Que en la licitación se incluya que el servicio se gestionará mediante la modalidad de sociedad de economía mixta. Pero sin cerrarla a un concreto tipo societario, como la cooperativa, lo que sería discriminatorio.

Estimamos que, en este supuesto, debe preverse también la futura transformación de la sociedad en una cooperativa de servicio público, aunque sólo para el caso de que resultara adjudicataria del contrato una entidad cooperativa. Si no se hiciera con esta salvedad, también sería discriminatorio.

- 4) Si se quiere dejar abierta la posibilidad de que en el futuro la sociedad preste otros servicios, deberá preverse desde el principio, teniéndose en cuenta en la licitación inicial de socios y servicios.

Por lo demás, el tema de la asignación de nuevos servicios a la cooperativa, no previstos inicialmente en los pliegos, se solventa aquí de la misma manera que en el supuesto anterior, por lo que debemos remitirnos en este punto a las soluciones y argumentos que ya dimos entonces.

A su vez, damos por reproducidos aquí los fundamentos jurídicos que, basados en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), esgrimimos en apartados precedentes, puesto que, como ya se ha dicho, son comunes a este otro modo de constitución de la cooperativa de servicio público.

Para finalizar, debemos apuntar que también en este caso el contrato a elegir durante el expediente de preparación será el de gestión de servicios públicos (art. 8.1 y arts. 109 y ss. TRLCSP), debiendo utilizarse igualmente alguno de los procedimientos de licitación previstos en el art. 138 TRLCSP.

VI. SOCIOS DE LA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS: SU CLASIFICACIÓN, LOS PORCENTAJES DE PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS PRIVADOS, Y EL MOMENTO EN QUE DEBE HACERSE SU SELECCIÓN

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

6. PREGUNTAS

- 1ª) ¿Cuáles son los tipos de socios en este tipo de cooperativa en concreto?**
- 2ª) ¿Quién define el número de socios a licitar? ¿El número de socios es limitado? ¿Cómo se llevan a cabo las limitaciones?**
- 3ª) ¿Cuál podría ser la mínima aportación de capital social de los socios trabajadores?**
- 4ª) ¿Qué requisitos subjetivos deben reunir los socios como contratistas del sector público?**

RESPUESTAS

1ª) En una cooperativa de servicios públicos existen socios públicos y socios privados. En nuestro caso, el socio público es el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa, aunque también pueden incluirse otras entidades públicas. Los socios privados pueden ser socios trabajadores y socios usuarios. Pero también puede contarse de esta parte con entidades privadas que tengan experiencia demostrada en el sector.

2ª) De entre los socios privados, el tipo de socios y el número de socios a licitar es una decisión del Ayuntamiento, que debe plasmar en los pliegos de la licitación, pero que cuenta con ciertas limitaciones impuestas por la normativa de cooperativas andaluza.

3ª) La normativa andaluza impone un porcentaje máximo de aportación de capital social para los socios trabajadores, que debe ser del 25%.

4ª) Los requisitos que debe reunir el contratista para poder contratar con el sector público se pueden resumir en tres: capacidad, solvencia y no estar incurso en prohibición para contratar.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

6.1. Los tipos de socios en esta cooperativa de servicios públicos

El art. 101.2 del RSCA establece, respecto de la composición de las cooperativas de servicios públicos, lo que sigue:

“En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con ex-

perencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma.”

De este precepto resultan dos tipos de socios en una cooperativa de servicios públicos: socios públicos y socios privados.

En lo que hace a los socios públicos, en nuestro caso éste sería el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa, como entidad pública que tiene la competencia sobre los servicios públicos que se quiere que gestione la cooperativa, y que, por tanto, promueve su constitución. No obstante, como entidad asociativa que es la cooperativa, nada impide que participen otras entidades públicas, siempre y cuando tengan algún tipo de competencia o interés sobre los servicios públicos que va a gestionar la cooperativa.

También pueden participar en la promoción de la cooperativa como socios privados, entidades privadas que tengan experiencia demostrada en el sector. En nuestro caso, se tratarían de los siguientes sectores: servicios funerarios, deportes, escuelas infantiles y ayuda a domicilio.

Finalmente, estarían, también como socios privados, que no promueven la cooperativa sino que se incorporan a la misma, los socios trabajadores y socios usuarios. De ambos se requiere la vinculación con los servicios que va a prestar la cooperativa, seleccionándose en atención a los mismos. De esta manera, los socios trabajadores tendrán que ser personas con capacidad y solvencia acreditada en la prestación del servicio de que se trate, y los socios usuarios tendrán que ser usuarios de dichos servicios. En todo caso, la licitación de socios y servicios deberá atender a tales requisitos subjetivos, que deberán incluirse en los pliegos del contrato y anunciarse en la convocatoria de la licitación, conforme al TRLCSP.

6.2. Tipos de socios privados y número de socios a licitar

Los tipos de socios privados con los que contará la cooperativa y el número de socios a licitar es una decisión del Ayuntamiento. Esta decisión entra dentro del margen de discrecionalidad propio de la potestad de autoorganización de los servicios (art. 5.1 LAULA). La decisión debe plasmarse en los pliegos del contrato de gestión de servicios públicos (art. 8.1 TRLCSP), dándosele publicidad a través del anuncio de licitación en la convocatoria de la misma (art. 142 TRLCSP).

No obstante, esta decisión municipal cuenta con algunas limitaciones impuestas por la normativa de cooperativas andaluza. Unas tienen que ver con los tipos de socios privados, en cuya determinación los márgenes de discrecionalidad son mayores, otras con sus porcentajes de participación en la sociedad, cuya fijación es menos discrecional.

6.2.1. Limitaciones a la decisión municipal sobre el tipo de socios privados

En lo que hace a los tipos de socios privados, la normativa (art. 101.2 RSCA) no impone la participación como promotora de las entidades privadas con experiencia demostrada en el sector. La expresión “en su caso” que utiliza el precepto es muy determinante. Tampoco parece imponer la presencia de socios usuarios y de socios trabajadores, “podrán participar”, dice el precepto (art. 101.2 RSCA).

Ahora bien, en nuestra opinión, si se tiene en cuenta la concepción de lo que es una cooperativa de servicios públicos resulta difícil admitir que en esta no participen al menos socios trabajadores.

En cuanto a las cuestiones referentes a las personas socias trabajadoras que no hayan sido libremente estipuladas en los estatutos de la cooperativa, se atenderá a la LSCA de 2011 (arts. 84 y ss.) y a su desarrollo Reglamentario (arts. 70 y ss.) en lo regulado para Socios de trabajo de cooperativas de trabajo asociado, y a la Legislación Laboral Correspondiente.

6.2.3. Limitaciones a la decisión municipal sobre los porcentajes de participación de los socios privados

En lo que hace a los porcentajes de participación de los socios privados, lo que condiciona el número de socios, existen dos limitaciones a la discrecionalidad de la decisión municipal.

La primera limitación viene dada por el art. 101.2 del RSCA, en el que se dispone que los socios trabajadores aporten su trabajo personal en la sociedad “hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma”. La segunda obedece al art. 54.3 de la LSCA, según el cual, “el importe total de las aportaciones de cada socio o socia al capital social de las sociedades cooperativas de primer grado no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del mismo”. En el caso de las cooperativas de segundo o ulterior grado, la LSCA fija el límite en el 75%, debiendo pertenecer al menor el 51% de dicho capital a sociedades cooperativas (arts. 54.3 y 108.3 LSCA).

De la lectura de estos preceptos se extraen las siguientes conclusiones:

1. Entre todos los socios trabajadores deben aportar como máximo el 25% del capital social.
2. Cualquier socio privado, sea socio trabajador o socio usuario, no podrá aportar, individualmente, más de un 45% del capital social.
3. En caso de cooperativas de segundo o ulterior grado, el límite se amplía hasta el 75%, pero con la condición de que el 51% queda en manos cooperativas.

6.3. Los requisitos subjetivos que tienen que reunir los socios como contratistas del sector público

Los requisitos que debe reunir el contratista para poder contratar con el sector público se regulan en los artículos 54 y ss. del TRLCSP. Estos requisitos se pueden resumir en tres:

1. Capacidad.
2. Solvencia.
3. No estar incurso en prohibición para contratar.

1) Capacidad

En lo que hace a la capacidad, la capacidad para contratar se corresponde con la capacidad de obrar propia del Derecho civil, con los requisitos específicos que, en su caso, pudiera añadir

el Derecho administrativo. En este sentido, el art. 54.1 TRLCSP se limita a decir que podrán contratar con el sector público “las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar”. Por tanto, en principio, no se aprecia en esta norma ningún requisito jurídico-administrativo que matice la capacidad de obrar civil.

Ahora bien, en el art. 54.2 TRLCSP, se añade como requisito específico que, “los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”.

Así, por ejemplo, el art. 16.1 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil, exige como requisitos del personal de estos centros, lo siguiente:

“Los centros educativos que impartan el primer ciclo de la educación infantil contarán con profesionales que posean el título de maestro o maestra con la especialización en educación infantil o el título de grado equivalente. Asimismo, deberán contar para la atención educativa y asistencial del alumnado con personal cualificado que posea el título de técnico superior en educación infantil o cualquier otro título declarado equivalente a efectos académicos y profesionales”.

De esta manera, conforme al art. 54.2 del TRLCSP, los trabajadores que se presenten a la licitación de la prestación del servicio de escuela infantil deberán contar con la habilitación profesional establecida en este Decreto del año 2009, para poder concurrir a ésta. No les bastará con la genérica capacidad de obrar establecida en el art. 54.1 TRLCSP.

2) Solvencia

El art. 54.1 del TRLCSP exige que los contratistas “acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”. A través de la exigencia de la solvencia, el ente contratante puede verificar si el contratista reúne las condiciones mínimas de aptitud para la ejecución del contrato. La solvencia es, pues, a diferencia del concepto de capacidad de obrar, un concepto relativo que depende de las características del contrato que se quiera celebrar. Según el objeto del contrato, según la prestación que el ente del sector público esté contratando, se requerirá una cualificación o aptitud concreta acorde a ese objeto. De ahí que el TRLCSP en abstracto no pueda regular la cualificación o solvencia que se necesita para todos los contratos sino que se hace en cada caso a través de los pliegos del contrato.

En concreto lo que dispone el TRLCSP es que los requisitos que en los pliegos del contrato se pidan para acreditar la solvencia, tengan que estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo (art. 62.2 TRLCSP).

En todo caso, el TRLCSP sí distingue dos tipos de solvencia que ha de requerirse: la económica y financiera, y la técnica o profesional (art. 62.1). Ambas se acreditarán mediante la aportación de los documentos que el órgano de contratación elija de entre los previstos en los artículos 75, para la solvencia económica y financiera, y 78-79, para la solvencia técnica o profesional en los contratos de gestión de servicios públicos, que es nuestro caso (art. 74.1 TRLCSP).

3) No estar incurso en prohibición para contratar

Finalmente, el empresario que aspire a la contratación pública, con cualquier entidad del sector público, no debe incurrir en una prohibición de contratar de las recogidas en el art. 60

TRLCSF, que las relaciona como *numerus clausus*. Por tanto, no basta sólo con tener capacidad y solvencia, sino que se exige una especial legitimación, o lo que se ha denominado gráficamente *una honorabilidad*, pues de no ser así podría perjudicarse al interés público. La apreciación de la concurrencia de la prohibición aparece regulada en el art. 61, y sus efectos en el 61 bis.

La acreditación de no estar incurso en prohibición se hace mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable del licitador otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (art. 73.1 TRLCSF).

VII. APORTACIONES AL CAPITAL SOCIAL POR EL SOCIO PÚBLICO

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

7. PREGUNTAS

1ª) ¿Cuál es el procedimiento para llevar a cabo la aportación del capital, diferenciando si es en efectivo o en especie?

2ª) ¿Cuál es la mejor distribución del capital social para la mejor viabilidad de la cooperativa?

3ª) En cuanto al traspaso de fondos desde el presupuesto municipal al presupuesto de la cooperativa, ¿cómo se llevaría a cabo? ¿Es una cuantía fija o puede ser variable?

4ª) En el caso de aportaciones en especie, ¿para la Administración cuáles son los títulos jurídicos habilitantes más favorables para llevar a cabo la cesión de inmuebles?

RESPUESTAS

1ª) Las aportaciones de bienes inmuebles y de dinero al capital social se realizan por razón de las participaciones que el Ayuntamiento recibe en la cooperativa. Por tanto, no es precisa la tramitación de un procedimiento jurídico-administrativo específico para la aportación de ambos tipos de bienes al capital social, menos aún una licitación específica, puesto que la aportación se realiza en concepto de constitución de la sociedad de economía mixta, y se tiene en cuenta ya en la licitación que da lugar a la misma.

Por otra parte, existen requisitos específicos sobre la forma en que deben realizarse las aportaciones, pero no son requisitos de Derecho administrativo, sino jurídico-privados, regulados en la LSCA y el RSCA.

2ª) No es posible pronunciarse sobre cuál es la mejor distribución del capital social para la mejor viabilidad de la cooperativa, ya que la respuesta exige una valoración política o de oportunidad, no jurídica. Tampoco es posible dar una respuesta desde el criterio de la experiencia, ya que la figura es nueva.

3ª) La cuantía que se aporte por el Ayuntamiento al capital social de la cooperativa, en concepto de aportaciones dinerarias, deberá ser una cuantía fija, no pudiendo ser variable. Si el Ayuntamiento quiere aportar dinero a la cooperativa en cuantías variables, puede hacerlo mediante subvenciones nominativas, que no formarían parte del capital social.

4ª) La normativa sobre bienes de las entidades locales de Andalucía establece una solución interesante para la cesión de bienes a la cooperativa, que es la cesión gratuita de bienes patrimoniales, para lo que se requiere que la cooperativa sea declarada de interés público por el Ayuntamiento. Estos bienes no formarían parte del capital social.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Se ha de distinguir entre capital social estatutario, que es el que consta en los estatutos, y el capital social contable, constituido por las aportaciones suscritas en cada momento, que es susceptible de variar a lo largo de la vida de la cooperativa (art. 54 LSCA). De hecho, el principio de puertas abiertas que caracteriza a estas sociedades, el cual permite la entrada y salida de socios sin grandes restricciones, conlleva la variabilidad del capital social contable (como consecuencia de las nuevas aportaciones en caso de entrada y de los reembolsos de capital, si se producen las salidas). Además, este capital, puesto que supone la garantía de la solvencia de la sociedad cooperativa frente a terceros, no puede disminuir por debajo del establecido estatutariamente, en cuyo caso habrá que proceder a la reducción de éste último (arts. 54.2 y 79.1.f LSCA).

En lo que se refiere a las aportaciones, se ha de partir de lo que establece el art. 54.2 LSCA, en virtud del cual, el capital social deberá estar suscrito en su totalidad, y desembolsado al menos en un cincuenta por ciento, salvo excepciones. Estas excepciones consisten en que, de preverse estatutariamente, el órgano de administración puede autorizar que las personas aspirantes a la condición de socio desembolsen una cantidad inferior a la que les corresponda e incluso, si la situación económica de la sociedad cooperativa lo permite, a no desembolsar cantidad alguna en el momento de su ingreso, aplazando dicha obligación al momento en que se les satisfagan los anticipos, o se les hagan efectivos los retornos acordados por dicho órgano, que igualmente podrá decidir su prorrateo (art. 58.3 LSCA).

En cuanto a las aportaciones, éstas se realizarán en moneda de curso legal y, si lo autoriza la Asamblea General, podrán consistir en bienes y derechos evaluables económicamente, en cuyo caso, se estará a lo dispuesto en la normativa legal aplicable en lo que a su entrega y saneamiento se refiere (Código Civil, para el contrato de compraventa y Código de Comercio, en cuanto a la transmisión de riesgos en este mismo tipo contractual) (arts. 54.4 LSCA y 43.2 RSCA). La expresada autorización podrá tener un carácter general, sin que sea preciso su acuerdo en cada caso. Además, las aportaciones que consistan en bienes y derechos patrimoniales deberán ser desembolsadas íntegramente en el momento de la suscripción, a menos que su naturaleza permita el desembolso parcial (art. 43.1 RSCA).

La valoración de las aportaciones no dinerarias se realizará por las personas promotoras en el momento de la constitución de la cooperativa o por las personas gestoras designadas en la Asamblea constituyente; en un momento posterior, la valoración será hecha por el órgano de administración de la entidad. En todo caso, deberá ser ratificada por la primera Asamblea General que se celebre tras la valoración. Hay que tener en cuenta que, dentro de los tres meses siguientes a la valoración, cualquier persona socia podrá solicitar a su costa del Registro de Cooperativas Andaluzas la realización de una nueva valoración por una persona experta independiente (art. 43.3 RSCA).

7.1. El objeto de las aportaciones al capital social y su distribución

En lo que hace a la aportación del Ayuntamiento al capital social, el art. 104.3 del TRRL establece lo siguiente:

“Las Entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, u otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales”.

Se distingue así entre tres tipos de bienes o derechos que pueden ser aportados por el Ayuntamiento como su aportación al capital de la cooperativa:

1. Instalaciones, equipamientos. Esto es, bienes inmuebles, con la condición de bienes patrimoniales.
2. Numerario. Esto es, dinero, con la condición de bien patrimonial.
3. La concesión. Esto es, un derecho real sobre un bien demanial.

Como puede observarse, de la lectura del art. 104.3 TRRL, en principio, para que un bien se pueda aportar al capital social éste ha de tener necesariamente la condición de bien patrimonial. Esto es así porque sólo este tipo de bienes públicos pueden ser objeto de tráfico jurídico, mientras que, como es sabido, los bienes demaniales son inalienables (art. 132.1 CE). Distinto es que en el caso de estos últimos no se aporte el bien en sí, sino un derecho sobre el mismo, como es la concesión, lo que veremos más adelante.

Por otra parte, el art. 5.2.b) del RBELA establece que tendrán el carácter de bienes patrimoniales “las cuotas, partes alícuotas y títulos representativos de capital de empresas, cooperativas, asociaciones o de cualquier otra fórmula asociativa que pertenezcan al ente local”. Por tanto, las participaciones del Ayuntamiento en la cooperativa tendrán en todo caso la condición de bienes patrimoniales, lo que es relevante en lo que hace a un posible tráfico jurídico posterior que se hiciera con las mismas (art. 61 LSCA).

Adviértase que no es posible pronunciarse sobre cuál es la mejor distribución del capital social para la mejor viabilidad de la cooperativa. Primero, porque este es un informe jurídico, y la respuesta a esta pregunta exige una valoración política o de oportunidad. Lo único que podemos decir al respecto es que la normativa reguladora de las cooperativas andaluzas exige la autorización de la Asamblea General para la aportación de bienes y derechos patrimoniales distintos del dinero (art. 54.4 LSCA). Segundo, porque no existen experiencias de cooperativas de servicio público en nuestra Comunidad Autónoma, lo que impide pronunciarse en base a una experiencia previa.

Por otra parte, aunque lo que entendemos que se nos pregunta es por la distribución en el capital social entre dinero e inmuebles, se puede también preguntar sobre la distribución entre capital público y privado. Y, sobre esta cuestión, sí podemos dar algunas respuestas en base a fundamentos jurídicos, puesto que las normas reguladoras de este tipo de cooperativas sí imponen algunas limitaciones que deben tenerse en cuenta.

Así, en lo que hace al porcentaje de participación pública en la cooperativa, ni la LAULA (art. 43) ni la LBRL o el TRRL establecen un porcentaje mínimo para las sociedades de economía mixta. Tampoco se establece un porcentaje máximo en la legislación local, aunque hay uno muy claro, el que marca la propia lógica de lo que es una sociedad de economía mixta. Esto es, la participación pública no puede ser del total del capital de la sociedad, pues en ese caso no estaríamos ante una sociedad de economía mixta, que requiere participación privada.

Es la LSCA como norma específica reguladora del tipo societario que se quiere utilizar para la sociedad de economía mixta (la cooperativa) la que establece un porcentaje máximo de participación pública aplicable a esta concreta forma societaria, y que es el 49% (art. 54.3). En nuestro caso, sería el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa el que como máximo podría tener un 49% de participación en la cooperativa. No se establece, por el contrario, en ninguna norma un porcentaje mínimo, aunque cierta doctrina al estudiar las sociedades de economía mixta recomienda un mínimo de un 25%, a efectos de garantizar la participación y el control del socio público sobre la gestión de la sociedad.

7.2. La aportación de bienes patrimoniales

Dentro de los bienes patrimoniales que puede aportar el Ayuntamiento al capital social, debemos distinguir entre la aportación de dinero (numerario) y la aportación de bienes inmuebles (instalaciones, equipamientos).

7.2.1. La aportación de dinero

En lo que hace a las aportaciones dinerarias en concepto de participaciones al capital de la cooperativa, si estas participaciones tienen, como se ha dicho, la condición de bienes patrimoniales (art. 5.2.b RBELA), la aportación de dinero por el Ayuntamiento a cambio de participaciones en la sociedad sería tanto como una adquisición onerosa de bienes muebles. En definitiva, se trataría de un contrato de adquisición, que no se regiría por el TRLCSP (art. 4.1.p) sino por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.

Es cierto que los contratos que realiza la Administración están sujetos a principios de concurrencia y publicidad, ya se sujeten a la legislación de contratos (art. 1 TRLCSP) o se sujeten a la legislación patrimonial (art. 10 LBELA). Pero en este caso sería absurdo realizar una licitación específica de la compra de estas participaciones por el Ayuntamiento, puesto que la adquisición de las mismas se realiza en el marco de la constitución de una sociedad de economía mixta, una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos que lleva su propia licitación, en la que ya se tiene en cuenta la adquisición de estas participaciones.

Salvadas estas precisiones de orden jurídico-administrativo, la forma concreta en que deba realizarse la aportación dineraria a la sociedad vendrá determinada por la regulación específica que establece la normativa andaluza de cooperativas (arts. 54, 55 y 56 LSCA y art. 42 RSCA). En concreto, el art. 55.3 establece que el importe de las aportaciones obligatorias al

capital deberá desembolsarse como mínimo en un cincuenta por ciento, en el momento de su suscripción, y el resto, en las condiciones y plazos que fijen los estatutos, con el límite máximo de tres años. Además, los estatutos podrán determinar que la cuantía de las aportaciones obligatorias sea igual para todos o que varíe según la clase de socio o la actividad cooperativizada desarrollada, conforme a módulos de participación cuantificados objetivamente en los estatutos (art. 55. 4 LSCA).

Pero hay que tener en cuenta que el art. 109 RSCL, en su apartado 2, establece que:

“El capital efectivo que aporten las Corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución.”

Esto es completado por el art. 44.1 del RBELA, según el cual:

“Las aportaciones dinerarias de las Entidades Locales a las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen íntegra o parcialmente así como a las cooperativas y sociedades civiles en las que legalmente tuvieren participación y cuyo objeto sea la prestación de servicios o actividades económicas desarrolladas en el ámbito de su competencia, deberán estar totalmente desembolsadas y representadas por sus correspondientes títulos”.

A su vez, el apartado 1 del art. 109 del RSCL dispone que:

“En la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación del Municipio o de la Provincia por todos los conceptos, incluido el de la concesión, si la hubiere.”

Por todo ello entendemos que la cuantía que se aporte por el Ayuntamiento al capital social de la cooperativa, en concepto de aportaciones dinerarias, deberá ser una cuantía fija, no pudiendo ser variable.

Ahora bien, si lo que el Ayuntamiento quiere es inyectar más dinero a la cooperativa, en atención a necesidades variables, lo puede hacer utilizando otra fórmula, mediante la aportación de subvenciones nominativas. Esto es, subvenciones municipales otorgadas directamente, previstas en los presupuestos del Ayuntamiento, conforme al art. 22.2.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Si bien, al respecto, deben hacerse dos precisiones:

- 1) Estas subvenciones no formarían parte del capital social, no siendo aportaciones.
- 2) Estas subvenciones deben otorgarse con especial atención a no falsear la competencia en el mercado, habida cuenta de la posición ventajosa en que situarían al socio privado (art. 8.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

7.2.2. La aportación de inmuebles

Si se entiende la aportación de bienes inmuebles por el Ayuntamiento a la sociedad como una enajenación de estos bienes a cambio de participaciones en la misma, entonces estaríamos ante un contrato de enajenación de inmuebles, que habría de regirse por la LBELA y el RBELA.

No obstante, igual que ocurría en el caso anterior, aunque la enajenación de inmuebles por un Ayuntamiento también está sujeta en la legislación patrimonial a procedimientos de licita-

ción (arts. 52.2 LAULA y 37 RBELA), sería absurdo realizar una licitación específica de esta enajenación, puesto que la misma se realiza en el marco de la constitución de una sociedad de economía mixta, una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos que lleva su propia licitación, en la que ya se tiene en cuenta la adquisición de participaciones a cambio de inmuebles.

El art. 23.1 de la LBELA establece lo que sigue, aceptando la aportación por el Ayuntamiento de bienes inmuebles a una cooperativa, previa valoración de los mismos:

“Las Entidades Locales podrán aportar la propiedad u otros derechos reales sobre bienes, siempre que tengan la condición de patrimoniales, previa valoración, tanto a los entes públicos de su dependencia, o vinculados a ella, como a las sociedades mercantiles en cuyo capital social participaren, íntegra o parcialmente, así como a las cooperativas”.

En lo que hace a la valoración de estos bienes, en el art. 44.2 del RBELA se dispone que:

“Las aportaciones no dinerarias constituidas por la propiedad u otros derechos reales sobre bienes de carácter patrimonial deberán ser valoradas de conformidad con la legislación mercantil, y cumplir las demás reglas previstas en la normativa de servicios de las Corporaciones Locales.”

Finalmente, al margen de las cuestiones de orden jurídico-administrativo, habrá que estar en lo que hace a la forma de realizar la aportación de los bienes inmuebles a la sociedad, a lo establecido con carácter específico en la normativa sobre cooperativas de Andalucía, debiendo destacarse la obligación de formalizar escritura pública en este caso, al tratarse de bienes inmuebles (arts. 5.2 RSCA y 119.1 LSCA).

7.3. La aportación de bienes demaniales

La aportación de bienes demaniales por el Ayuntamiento a una cooperativa de servicios públicos, a cambio de participaciones en la misma, no es una opción. Esta posibilidad está vedada por nuestro ordenamiento jurídico, por razón de la condición inalienable de este tipo de bienes (art. 132.1 CE). La solución que da en este caso el legislador es que, no aportándose el bien demanial como tal, cuya titularidad no se puede ceder por el Ayuntamiento, se aporte su concesión (art. 104.3 TRRL), esto es, un derecho de uso sobre el mismo, que tiene la condición de derecho real de naturaleza administrativa, y que sí puede transmitirse.

El primer párrafo del art. 23.3 de la LBELA establece al respecto lo que sigue:

“Cuando se trate de sociedades mercantiles en cuyo capital social participasen íntegra o parcialmente, las Entidades Locales podrán aportar la concesión demanial debidamente valorada. Dicha concesión será además abonada a la Entidad Local mediante la fijación de un canon.”

Sobre este canon, el art. 45 del RBELA dispone lo siguiente, en su apartado 1:

“La aportación de una concesión demanial dará lugar a la fijación de un canon, previa valoración técnica, que deberá ser abonado a la Entidad Local, cuya aprobación corresponderá al órgano competente de la misma.”

Y, en su apartado 2, el art. 45 del RBEAL añade que:

“En el caso de no prestarse el correspondiente servicio en régimen de monopolio, la cuantía establecida para el canon garantizará que se cumplen las exigencias de la legislación de la Unión Europea en materia de libre competencia.”

Finalmente, como requisitos jurídico-administrativos de procedimiento que deben observarse para poder aportar la concesión a la sociedad, el art. 23.4 de la LBELA establece:

“Serán requisitos necesarios en la tramitación del expediente a que dé lugar la aportación regulada en el párrafo anterior un informe jurídico y un estudio económico financiero, al que se acompañará tasación pericial que valore la concesión aportada, determinada en función del valor de los bienes afectados por la misma y del canon exigido. El acuerdo de aportación deberá adoptarse por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.”

7.4. La cesión de bienes que no se aportan al capital social

Nos hemos referido antes a la aportación de dinero a la cooperativa por el Ayuntamiento en concepto distinto del de aportaciones al capital social, dinero que no se aporta a cambio de participaciones en la sociedad, sino como una fórmula complementaria de financiar la cooperativa. En la misma línea, sin computar en el capital social, la normativa andaluza sobre bienes públicos también permite la cesión gratuita de inmuebles y la aportación de una concesión demanial como prestación accesoria.

7.4.1. La cesión gratuita de inmuebles a la cooperativa

El art. 26 de la LBELA regula la cesión gratuita de bienes, estableciendo lo siguiente:

“Las Entidades Locales podrán ceder de forma total o parcialmente gratuita sus bienes patrimoniales:

- a) A otras Administraciones o Entidades públicas.
- b) A Entidades privadas declaradas de interés público siempre que los destinen a fines de utilidad pública o interés social, que cumplan o contribuyan al cumplimiento de los propios de la Entidad Local.”

Entre estos bienes patrimoniales puede incluirse la cesión de inmuebles, que podría ser gratuita o sin contraprestación, no formando parte del capital de la cooperativa, pero siendo de utilidad al cumplimiento de los fines de la misma.

El principal problema estribaría en los sujetos destinatarios de la cesión, pues la cooperativa de servicios públicos no es propiamente una entidad pública, habida cuenta de la presencia de particulares en su seno. La solución pasaría por considerar a la cooperativa una entidad privada declarada de interés público, en cuyo caso sí podría constituirse en destinataria de estas cesiones gratuitas de inmuebles.

Para ello, el precepto exige: 1) que la cooperativa sea declarada de interés público; y b) que los bienes se destinen por ésta a fines de utilidad pública o interés social, que cumplan o contribuyan al cumplimiento de los propios de la Entidad Local. Este último requisito es evidente,

por cuanto la cooperativa de servicios públicos es un modo de gestión indirecta de un servicio cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento.

La declaración de interés público se regula mínimamente en el art. 50.3 del RBELA. El precepto no es lo suficientemente clarificador. En nuestra opinión, de su lectura, en conjunción con la regulación de la potestad de autoorganización municipal en el art. 5.1 LAULA, debe concluirse que el Ayuntamiento tiene la potestad para declarar de interés público una cooperativa de servicios públicos. Esto es, debe descartarse que esta declaración de interés público tenga que reconducirse necesariamente a la propia de la legislación asociativa. Es una potestad del Ayuntamiento.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002, al interpretar el artículo 79.2 del TRRL dispuso que:

“La calificación como instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro no esta vinculada a la declaración de utilidad pública de la asociación. En efecto la expresión utilizada por la legislación local es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción debe llevarse a efecto en el momento de la cesión”.

Por lo demás, el régimen jurídico de la cesión se establece en los artículos 27 de la LBELA y 50-53 del RBELA, que incluyen, entre otros, el correspondiente procedimiento administrativo para llevarla a cabo.

7.4.2. La aportación a la cooperativa de una concesión demanial como prestación accesoria

El art. 23.3 de la LBELA, en sus párrafos segundo y tercero, establece que:

“La aportación de la concesión demanial podrá revestir la forma de prestación accesoria, retribuida o no, y en tal caso no podrá integrar el capital social de la empresa, debiendo establecerse en la escritura social mediante su consignación en los estatutos de la sociedad.

Igualmente se considerará como prestación accesoria retribuida la aportación a la sociedad de bienes demaniales afectos al servicio público municipal cuya prestación sea objeto de aquélla, que tampoco podrá integrar el capital social de la empresa.”

La aportación de una concesión demanial como prestación accesoria está sujeta a los mismos requisitos de procedimiento que la aportación de una concesión al capital social, que establece el art. 23.4 LBELA, como ya vimos.

Cuenta, no obstante, con requisitos específicos, recogidos en el art. 46 del RBELA, según el cual:

“El expediente que se tramite conforme al artículo 23, apartado 4, de la Ley 7/1999, deberá contener una memoria que justifique debidamente en los aspectos económicos-jurídicos y técnicos la opción de aportar la concesión demanial con el carácter de prestación accesoria. Tal opción podrá estar motivada en la gratuidad y naturaleza de los servicios que se presten.”

También al respecto, en el art. 45.3 del RBELA se establecen las siguientes normas, a tener en cuenta:

“La aportación de la concesión demanial podrá revestir la forma de prestación accesorio, retribuida o no, que deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Habrá de establecerse en la escritura de constitución de la sociedad, consignándose en sus Estatutos con indicación del socio o socios a quienes se impone la prestación así como motivando su conveniencia.
- b) En cualquier momento la Entidad Local que la haya establecido o vaya a establecer la prestación podrá modificarla o transformarla por el procedimiento de modificación de los Estatutos.
- c) La prestación accesorio, en ningún caso, podrá integrar el capital social.”

VIII. CONSTITUCIÓN DE LA COOPERATIVA: PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

8. PREGUNTA

¿Cuáles son los pasos a seguir para la constitución de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos?

RESPUESTA

El último de los pasos a seguir para la constitución de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos, tras la fase jurídico-administrativa de selección de los socios privados y licitación del servicio público, es la constitución propiamente dicha de la sociedad cooperativa. En el caso de que el Ayuntamiento opte por sumarse a una cooperativa ya constituida, este paso no tiene lugar, porque ya se dio, pero sí que es necesario proceder a una última fase, la transformación de la cooperativa en Cooperativa de Servicios Públicos.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Tras la fase jurídico-administrativa de constitución de la cooperativa de servicios públicos, que es la que hemos analizado en las páginas precedentes, viene la fase jurídico-privada, la de la constitución de la forma societaria conforme a la normativa propia de Derecho privado que le sea aplicable, en nuestro caso, la LSCA y el RSCA.

En este punto hay que distinguir según la modalidad de constitución de la cooperativa que se haya adoptado: a) constitución *ex novo* de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos por el Ayuntamiento; b) incorporación del Ayuntamiento a una cooperativa preexistente y transformación posterior de ésta en una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos. En el

primer caso tendremos que analizar el procedimiento de constitución propiamente dicho de la cooperativa. En el segundo el procedimiento de transformación.

8.1. Procedimiento de constitución de una cooperativa nueva

Como para la constitución de cualquier otra sociedad cooperativa, en el caso de las de servicio público habrán de respetarse los requisitos previstos en la LSCA y en su Reglamento, como normas especiales.

Los pasos para la constitución de la cooperativa se encuentran regulados en los artículos 8 y ss. LSCA y 5 y ss. RSCA, y son los siguientes:

8.1.1. Celebración de una Asamblea Constituyente

Para la constitución de una cooperativa de primer grado se requiere la concurrencia de tres personas (art. 10 LSCA). Es por ello que cronológicamente, se requiere en primer lugar la licitación de socios y después la constitución de la sociedad cooperativa.

Las personas promotoras celebrarán entonces una Asamblea Constituyente.

En esta Asamblea deberán determinar: la cifra de capital social necesario para iniciar la actividad y el montante de las aportaciones individuales a realizar. En caso de aportaciones no dinerarias, la aprobación de su valoración. La aprobación de los estatutos sociales. Y la elección de la estructura y miembros del primer órgano de administración.

A continuación, se levantará el Acta de constitución. Esta acta será firmada por todas las personas promotoras de la sociedad cooperativa, y deberá contener (art. 6 RSCA):

- a) La relación de las personas promotoras con los siguientes datos: si son personas físicas, nombre y apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad, número de identificación fiscal y domicilio; si son personas jurídicas, nombre o razón social, nacionalidad, código de identificación fiscal y domicilio social; nombre, apellidos y número de identificación fiscal de su representante legal.
- b) Manifestación de las personas promotoras sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para adquirir la condición de persona socia de la sociedad cooperativa, de acuerdo con las normas establecidas en la LSCA, en el RSCA, y en los respectivos estatutos.
- c) La voluntad de las personas promotoras de constituir una sociedad cooperativa y la clase de cooperativa de que se trate.
- d) La aprobación de los estatutos sociales que han de regir la futura sociedad cooperativa (art. 11 LSCA), debiendo incorporarse dichos estatutos al acta de la Asamblea constituyente.
- e) La total suscripción del capital con el que se constituye la sociedad cooperativa, que deberá incluir, al menos, el establecido estatutariamente y el desembolso de, al menos, el cincuenta por ciento de aquel.
- f) En el caso de aportaciones no dinerarias, valoración de las mismas, realizada con arreglo a lo establecido en el artículo 43 del RSCA, acompañada, en su caso, del informe o informes emitidos por expertos independientes designados, asimismo, conforme a dicho artículo.

- g) Identificación de la persona o personas gestoras para que actúen en nombre de la futura sociedad, de procederse a su nombramiento.
- h) Determinación de las personas que ejercerán los cargos sociales una vez inscrita la sociedad cooperativa en el Registro de Cooperativas Andaluzas. En el Acta deberá constar su aceptación, así como la declaración de que no se hallan incursas en causas de incapacitación, prohibición o incompatibilidad (art. 48 LSCA).
- i) Declaración de que no existe otra entidad, con denominación coincidente o semejante, conforme al certificado de denominación no coincidente, expedido por el Registro de Cooperativas Andaluzas en la forma determinada en el artículo 163 del RSCA.

A partir de ese momento, las personas promotoras ya pueden actuar y realizar todos los trámites necesarios para la constitución de la sociedad, siempre que los promotores no hayan decidido delegar tales tareas en gestores designados por ellos mismos.

8.1.2. Solicitud del nombre y liquidación de impuestos

El nombre elegido para la sociedad no puede ser igual al de otra ya existente o con tal grado de semejanza que induzca a confusión, e incluirá necesariamente las palabras Sociedad Cooperativa Andaluza o su abreviatura S. Coop. And. Tampoco podrán las sociedades cooperativas andaluzas adoptar nombres equívocos, que generen confusión en relación con su ámbito, objeto social o tipología, ni con otro tipo de entidades (art. 161 RSCA).

Para ello, debe solicitarse un certificado de denominación no coincidente que debe incluir:

- Los datos personales de la persona solicitante (domicilio, D.N.I., etc.).
- El nombre que se solicita para la cooperativa.
- La firma digital de la persona solicitante.

La solicitud se realizará a través de la plataforma telemática, utilizando para ello, por el solicitante certificado de firma digital.

La obligación de liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (Modelo 600) se materializa ante la Delegación Territorial de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas.

Igualmente, el modelo 600 podrá ser recabado directamente de la Consejería competente, por las Unidades Registrales de Cooperativas siempre que el ciudadano haya consignado en la solicitud telemática su consentimiento expreso.

8.1.3. Inscripción

Las sociedades cooperativas deberán inscribir el Acta de la Asamblea constituyente o, en su caso, la escritura pública de constitución (art. 7 RSCA) en el Registro de Cooperativas Andaluzas.

La solicitud de inscripción se realizará en todo caso telemáticamente, con certificado de firma digital tal y como se prevé en la Orden 26 de julio de 2012, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo por la que se regula la tramitación telemática de los procedi-

mientos de inscripción y de certificación relativos al Registro de Cooperativas de Andalucía y al Registro de Sociedades Laborales de Andalucía.

Hay que señalar que las sociedades cooperativas podrán iniciar la actividad en que consista su objeto social desde el momento en que celebren la Asamblea constituyente si bien, hasta su inscripción registral, que deberán solicitar en el plazo máximo de seis meses desde la celebración de la citada Asamblea, deberán acompañar en sus relaciones con terceros, la expresión «en constitución» y durante este período, la responsabilidad de las personas socias por la actividad desplegada será ilimitada y solidaria.

En cualquier caso, las sociedades cooperativas deberán iniciar su actividad, conforme a sus estatutos, en el plazo máximo de un año desde su inscripción en el Registro de Cooperativas Andaluzas. Transcurrido este plazo sin haber iniciado la actividad, incurrirán en causa de disolución con arreglo a lo establecido en el artículo 79 (art. 9.3 LSCA).

Con la inscripción en el Registro de Cooperativas Andaluzas la sociedad cooperativa adquiere personalidad jurídica.

8.1.4. Otros trámites necesarios

- Solicitud del Código de Identificación Fiscal (CIF).

Se trata del número identificativo de la cooperativa a efectos fiscales. Se solicita en las Delegaciones de la Agencia Estatal Tributaria una vez finalizado el procedimiento de constitución (Modelo 036), aunque también se puede pedir un CIF provisional para empezar a funcionar.

- Alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) y en el Impuesto de Sociedades (IS). Se solicitan en las Delegaciones de la Agencia Estatal Tributaria una vez que se haya inscrito la cooperativa (Modelo 036).
- Solicitud de los demás permisos y licencias necesarios para iniciar la actividad según el objeto social y la ubicación de la sociedad.
- Inscripción de la empresa en la Seguridad Social, se hará en la Administración de la Tesorería de la Seguridad Social donde radica el domicilio de la empresa.
- Legalización de los libros sociales.

8.2. Procedimiento de transformación de una cooperativa ya constituida

En primer lugar, hay que distinguir entre la transformación de la cooperativa en otra cooperativa distinta dentro de la tipología que recoge el art. 83 LSCA y la mutación de la sociedad cooperativa en una entidad jurídica distinta (sociedad limitada, sociedad anónima, etc.). El primer caso se resuelve con una modificación estatutaria regulada en el art. 74 LSCA y en el art. 59 del RSCA, e inscripción registral de la modificación efectuada. El segundo supuesto, que no es objeto de este informe, aparece regulado en los arts. 78 LSCA y 65 y 66 RSCA.

Para la modificación de los estatutos se requiere seguir el siguiente procedimiento:

El órgano de administración de la cooperativa incluirá la modificación estatutaria en el orden del día de la Asamblea General en la que se vaya a tratar ese tema. La documentación correspondiente a la modificación deberá depositarse en el domicilio social a disposición de las

personas socias, desde el día de la publicación de la convocatoria hasta el día de la celebración de la Asamblea. Durante dicho periodo, las personas socias podrán examinar la referida documentación y solicitar sobre la misma, por escrito, al órgano de administración las explicaciones o aclaraciones que estimen convenientes, para que sean contestadas en el acto de la Asamblea General. La solicitud deberá presentarse, al menos, con cinco días hábiles de antelación a la celebración de la Asamblea. No obstante lo anterior, y dentro de los plazos previstos, cuando alguna persona socia lo solicite, se le facilitará gratuitamente la mencionada documentación, si bien el órgano de administración, atendidas las circunstancias concurrentes, podrá exigir a aquella que retire dicha documentación de la sede social (art. 59.2 RSCA).

El acuerdo de modificación de estatutos deberá ser adoptado por la Asamblea General con mayoría cualificada: en primera convocatoria, votos favorables en número no inferior a los tres quintos de las personas asistentes, presentes o representadas, y, en segunda convocatoria, en número no inferior a los dos tercios (art. 33.2.c) LSCA).

Como consecuencia de la modificación de estatutos en los que se produzca una variación sustancial del objeto social de la cooperativa y/o consista en el cambio de tipología cooperativa, como es nuestro caso, se concede al socio la facultad de separarse de la cooperativa (art. 74. 2 y 3 LSCA). Los requisitos que deben concurrir para poder solicitar la baja se encuentran regulados en el art. 23.3 b) y c) LSCA.

El acuerdo de modificación de estatutos se formalizará en el acta de la Asamblea General. Un vez acordada la modificación, es obligatorio proceder a su inscripción registral (arts. 123 b) y 133 RSCA).

IX. ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA: CONTENIDO LEGAL, OBJETO SOCIAL Y DERECHO DE VOTO

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

9. PREGUNTAS

1ª) ¿Qué debe constar en los estatutos de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos?

2ª) ¿Cómo debe definirse el objeto social de la cooperativa?

3ª) Respecto al derecho de voto, ¿Existe una correlación entre éste y las aportaciones al capital? ¿Cuál sería la distribución más favorable para la viabilidad de la cooperativa?

RESPUESTAS

1ª) El contenido legal de los estatutos viene determinado en el art. 11 de la LSCA, si se entiende por contenido legal el contenido mínimo.

2ª) El objeto social puede definirse abarcando varios servicios, pero debe definirse de la forma más precisa posible, para no vulnerar la normativa de contratación del sector público.

3ª) El derecho de voto en la Asamblea General nunca se tomará en consideración al capital aportado. A las cooperativas de servicios públicos se les aplica el régimen previsto para las sociedades cooperativas mixtas.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

9.1. Contenido legal de los estatutos de la cooperativa

El art. 11 de la LSCA establece el contenido legal de los estatutos de las cooperativas andaluzas, entre las que se encuentra la Cooperativa de Servicios Públicos. Según este precepto, los estatutos de la cooperativa deberán regular como mínimo, las siguientes materias:

- “a) La denominación, el domicilio social, la duración y la actividad o actividades que desarrollarán para el cumplimiento de sus fines sociales.
- b) El ámbito principal de actuación y la fecha de cierre del ejercicio económico.
- c) El capital social estatutario.
- d) La aportación obligatoria inicial para ser persona socia y la parte de la misma que debe desembolsarse en el momento de la suscripción, así como la forma y plazos de desembolso del resto de la aportación.
- e) Los requisitos objetivos para la admisión de socios y socias.
- f) La participación mínima obligatoria de la persona socia en la actividad cooperativizada, conforme a los módulos que se establezcan estatutariamente.
- g) Las normas de disciplina social, el establecimiento de infracciones y sanciones, el procedimiento disciplinario, el régimen de recursos y el régimen de impugnación de actos y acuerdos.
- h) Las garantías y límites de los derechos de los socios y socias.
- i) Las causas de baja justificada, cuando excedan de lo establecido en la presente ley.
- j) La convocatoria, el régimen de funcionamiento y la adopción de acuerdos de la Asamblea General.
- k) El régimen de las secciones que se creen en la cooperativa, en su caso.
- l) La determinación del órgano de administración de la sociedad cooperativa, su composición y la duración del cargo, así como la elección, sustitución y remoción de sus miembros.
- m) El régimen de transmisión, y reembolso o rehúse, de las aportaciones.
- n) Cualquier otra exigida por la normativa vigente.”

9.2. Estructura de los estatutos

Se puede tomar como referencia el siguiente modelo de estatutos, teniendo en cuenta que, hasta el momento, no hay ninguno validado por la Administración para las Cooperativas de Servicios Públicos:

Capítulo I: Denominación, objeto, duración, ámbito y domicilio

Artículo 1.- Denominación

Artículo 2.- Objeto social

Artículo 3.- Domicilio

Artículo 4.- Ámbito territorial

Artículo 5.- Duración

Capítulo II: De las personas socias

Artículo 6.- Personas socias trabajadoras

Artículo 7.- Personas usuarias de los servicios

Artículo 8.- Entidades privadas

Artículo 9.- Entidades públicas

Artículo 10.- Admisión y periodo de prueba de las personas socias trabajadoras. Estatuto de la persona socia trabajadora

Artículo 11.- Persona socia inactiva

Artículo 12.- Persona socia colaboradora

Artículo 13.- Persona inversora

Artículo 14.- Derechos de las personas socias

Artículo 15.- Obligaciones de las personas socias

Artículo 16.- Causas y efectos de la baja voluntaria

Artículo 17.- Causas y efectos de la baja obligatoria

Artículo 18.- Régimen disciplinario

Artículo 19.- Exclusión de la persona socia

Capítulo III. Representación y gestión de la cooperativa

Artículo 20.- Órganos sociales

Artículo 21.- De la Asamblea General. Competencias

Artículo 22.- Convocatoria, constitución y funcionamiento de la Asamblea General

Artículo 23.- Acta de la Asamblea General

Artículo 24.- Derecho de voto y representación en la Asamblea General

Artículo 25.- Adopción e impugnación de acuerdos

Artículo 26.- Del Consejo Rector. Naturaleza, composición y competencias

Artículo 27.- Organización, funcionamiento y mandato del Consejo Rector

Artículo 28.- Presidente, Vicepresidente y Secretario

Artículo 29.- Impugnación de acuerdos del Consejo Rector

Artículo 30.- Incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio del cargo de consejero

Capítulo IV. Régimen económico de la cooperativa

Artículo 31.- Capital social

Artículo 32.- Aportaciones obligatorias

Artículo 33.- Remuneración de las aportaciones

Artículo 34.- Aportaciones de nuevo ingreso

Artículo 35.- Reembolso

Artículo 36.- Transmisión de las aportaciones de los socios

Artículo 37.- Ejercicio económico, aplicación de resultados positivos e imputación de pérdidas

Artículo 38.- Fondo de reserva obligatorio y Fondo de formación y sostenibilidad

Capítulo V. Organización funcional interna

Artículo 39.- Documentación social

Artículo 39.- Reglamento de régimen interno

Artículo 40.- La Dirección

Artículo 41.- Secciones

Capítulo VI. Modificación de estatutos, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación

Artículo 42. Modificación de estatutos, fusión, escisión, transformación.

Artículo 43.- Disolución y liquidación

Disposiciones finales

9.3. Definición del objeto social de la cooperativa en sus estatutos

El objeto social de la cooperativa no se puede definir de la forma más amplia posible si con esto se está queriendo decir establecer un objeto social abierto e impreciso. El objeto debe ser preciso.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que la publicación del régimen jurídico de este tipo de cooperativas impide dejar abierto su objeto, puesto que aquí no juega sólo el Derecho privado, sino el administrativo, y muy especialmente los principios, de Derecho interno y de Derecho europeo, de la contratación pública.

Desde esta perspectiva, la plurifuncionalidad de la cooperativa de servicios públicos no es un problema. La cooperativa puede asumir varios servicios en su objeto social, ninguna norma lo impide, pero su campo de actividad tiene que estar bien definido.

No precisar bien el objeto de la cooperativa, sería tanto como introducir un régimen de modificaciones del contrato ilegal, ya que la cooperativa pasaría a realizar en el futuro actividades que no estaba claro que podía ejercer en el momento en que se constituyó y firmó el contrato, lo que alteraría los principios de publicidad y libre concurrencia (art. 1 TRLCSP).

El art. 106 del TRLCSP permite introducir modificaciones en el objeto del contrato, pero estas modificaciones han de establecerse en todo caso en los pliegos a los que se

dio publicidad en el momento de la convocatoria de la licitación, y han de definirse de forma precisa:

“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.”

Este precepto no es más que una plasmación a nivel interno de los criterios de la jurisprudencia del TJCE a los que ya nos referimos en apartados anteriores. Recuérdese la ya citada Sentencia del TJCE de 15 de octubre de 2009, así como la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02).

9.4. Derecho de voto

Es una característica propia de las sociedades cooperativas, que las diferencia de las sociedades de capital, que el derecho de voto del socio en la Asamblea General nunca se concede en consideración al capital aportado. El art. 31 LSCA establece que en las sociedades cooperativas de primer grado, cada persona socia común tendrá derecho a un voto, sin perjuicio de la opción prevista para las sociedades cooperativas de servicios en el artículo 102.1 LSCA, en donde se admite el voto plural. En este último caso, cada socio tendrá como mínimo un voto, y como máximo 7, en función de su participación en la actividad cooperativizada.

En cuanto a la distribución del voto, hay que tener en cuenta los límites que la LSCA contempla en relación a la tipología de socio. Así, en relación al número total de votos, se establece que el conjunto de votos de los socios inactivos, en caso de estar prevista su admisión estatutariamente, no podrá superar el veinte por ciento del total de los votos sociales (art. 16.2 LSCA). Respecto al socio colaborador, el art. 17 LSCA establece la misma limitación del veinte por ciento. Respecto a la persona inversora, si está prevista su existencia en los estatutos, pueden aportar hasta el 49% del capital social pero su conjunto de votos no podrá superar el veinticinco por ciento de los votos presentes y representados en cada Asamblea (art. 25 LSCA). En total, la suma de los votos de las personas socias inactivas, colaboradoras e inversoras no podrá superar el cuarenta y nueve por ciento del total de los votos sociales (art. 31.3 LSCA).

En lo que respecta a la entidad pública promotora de una cooperativa de servicios públicos, ésta podrá alcanzar hasta el 49% de participación en el capital social (art. 54.3 LSCA). Respecto al derecho de voto en la Asamblea General, ni la Ley ni el reglamento contemplan ninguna disposición que se refiera directamente a esta cuestión. Si bien, el art. 101.4 RSCA dispone que será de aplicación a las sociedades cooperativas de servicios públicos el régimen previsto en el art. 106 LSCA y en el art. 99 RSCA para las sociedades cooperativas mixtas.

En concreto, el art. 106.2 LSCA, para las sociedades cooperativas mixtas, se expresa del siguiente modo:

“En los órganos sociales de estas entidades deberá existir una representación de cada una de las actividades cooperativizadas integradas en la sociedad y, estatutariamente, se podrán reservar la Presidencia y la Vicepresidencia a los socios y socias que desarrollen una determinada actividad”.

Por consiguiente, se puede establecer en los estatutos de la sociedad que la Presidencia y Vicepresidencia corresponda a la entidad pública.

Además, el art. 99 RSCA establece que en los estatutos sociales constarán los derechos y obligaciones, tanto políticos como económicos, correspondientes a las diferentes clases de personas socias, atendiendo a su cualidad y a la actividad que desarrollan en la empresa, debiendo ajustarse a unos criterios de relación equitativa y proporcional entre socios y socias que desarrollen cada una de las actividades. A la luz de este artículo, parece que sería admisible determinar estatutariamente el voto plural a favor de la entidad pública, siempre que ello permita respetar el ejercicio del derecho de voto de los distintos tipos de socios participantes en la cooperativa.

Por último, hay que recordar que el art. 101.2 RSCA dispone que las entidades públicas promotoras de la cooperativa de servicios públicos conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los mismos, lo que tendrá su reflejo en las condiciones de licitación del servicio de que se trate.

X. RÉGIMEN JURÍDICO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

10. PREGUNTAS

1ª) ¿Cuál es el régimen jurídico de prestación del servicio?

2ª) ¿Cuál sería la duración del contrato con la cooperativa?

RESPUESTAS

1ª) El régimen jurídico de prestación del servicio es el de ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, conforme a lo establecido en los pliegos, en la ordenanza reguladora del servicio y en las disposiciones específicas del TRLCSP.

2ª) El contrato no tiene duración indefinida o vigencia continuada, sino que está sometido a la duración máxima establecida por el TRLCSP, que es de 25 años.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

10.1. El régimen jurídico de prestación del servicio: ejecución del contrato

El régimen jurídico de prestación del servicio es el de ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, conforme a lo establecido en los pliegos, en la ordenanza reguladora del servicio (art. 30 LAULA) y en las disposiciones específicas del TRLCSP.

El servicio se presta en ejecución de un contrato de gestión de servicios públicos (art. 8.1 TRLCSP), por lo que está sometido a las normas específicas que, sobre el mismo, establece el TRLCSP: artículos 279-289.

De entre estos preceptos destaca el art. 280 TRLCSP, que define las obligaciones generales a cuyo cumplimiento está sujeto el contratista durante la ejecución del contrato, y que son las siguientes:

- “a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.
- c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.
- d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.”

10.2. La duración del contrato

No puede sostenerse la vigencia continuada del contrato, o, dicho de otra manera, su duración indefinida, puesto que ésta está expresamente prohibida por ley. El contrato será en todo caso un contrato temporal.

Así, el art. 278, rubricado “Duración”, establece la siguiente limitación legal:

“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

(...)

- b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.”

Por tanto, según nuestro criterio, el contrato de gestión de servicios públicos que articula la prestación de los servicios titularidad del Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa por la Cooperativa de Servicios Públicos no podrá durar más de 25 años.

A este respecto, resulta de interés la siguiente consideración crítica formulada en el Libro verde de la Comisión, de 30 de abril de 2004, sobre la colaboración pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones:

“Se observa, asimismo, que la duración de vida de la entidad creada no suele coincidir con la duración del contrato o de la concesión adjudicados, lo que parece incitar a la reconducción de la misión que se ha confiado a dicha entidad sin que se organice una verdadera convocatoria de concurso con ocasión de la renovación. A veces esto da lugar a que las misiones se adjudiquen de facto por un tiempo ilimitado.” (apartado 61),

En definitiva, lo que se está diciendo en el Libro verde es que una sociedad de economía mixta, como nuestra cooperativa, que ejerciera sus funciones respecto de un determinado servicio público, por más tiempo del que éste se adjudicó, estaría incurriendo en una prórroga ilegal del contrato, lo que es tanto como una adjudicación de un nuevo contrato sin procedimiento administrativo, pura vía de hecho de la Administración.

XI. FINANCIACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA COOPERATIVA POR OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

Francisco Toscano Gil

*Profesor Acreditado Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

Laura López de la Cruz

*Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide*

11. PREGUNTAS

1ª) ¿Qué ocurre con las subvenciones que el Ayuntamiento percibe en la actualidad para la prestación del servicio de ayuda a domicilio si éste pasa a gestionarse por la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos?

2ª) ¿Y en el caso de la escuela infantil?

3ª) ¿La Cooperativa de Servicios Públicos tiene que tramitar una declaración de interés público de cara a la solicitud de financiación?

RESPUESTAS

1ª) La normativa reguladora del servicio de ayuda a domicilio no impone ninguna limitación al modo de gestión del correspondiente servicio. Esto impide que el que se gestione ahora mediante Cooperativa de Servicios Públicos afecte a su financiación, que tendrá que poder seguir recibiendo el Ayuntamiento aunque ahora gestione el servicio de forma indirecta.

2ª) En lo que hace a la financiación del servicio de escuela infantil que el Ayuntamiento recibe mediante convenio con la Consejería competente, ningún problema hay en que se haga un nuevo convenio, ahora con la cooperativa como prestadora del servicio.

3ª) No procede que una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos sea declarada como de interés o utilidad pública, porque tal declaración sólo está prevista para las asociaciones, y la cooperativa no es una asociación en sentido estricto. No obstante, si cabe que la cooperativa sea calificada de interés social, aunque éstas no tienen asignadas por el momento líneas específicas de subvención en Andalucía.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

11.1. Las subvenciones para la prestación del servicio de ayuda a domicilio

El art. 22 de la Orden de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad

Autónoma de Andalucía, regula la financiación de este servicio, estableciendo en su apartado 1 lo siguiente:

“En el supuesto de personas que tengan reconocida la situación de dependencia y se les haya prescrito el Servicio de Ayuda a Domicilio en la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención, el servicio se financiará con las aportaciones de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como con la aportación de la persona destinataria del servicio.

Para garantizar la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social suscribirá convenios de colaboración con los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales, conforme al modelo previsto en el Anexo V de esta Orden, mediante los que las Corporaciones Locales se comprometen a la prestación del servicio, asumiendo su financiación la citada Consejería, con cargo a la disponibilidad presupuestaria de cada ejercicio. (...)”.

Como el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa pertenece a un municipio con población inferior a veinte mil habitantes, el convenio para la financiación del servicio se suscribe en este caso con la Diputación Provincial de Sevilla, que es la que se compromete a la prestación del servicio. Pero en realidad ésta no presta el servicio, sino que lo que hace es distribuir los fondos entre los distintos municipios mediante subvenciones, actuando de gobierno intermediario.

A falta de ver las bases de la convocatoria de estas subvenciones, nos parece bastante significativo que la Orden reguladora de este servicio no ponga límites a la gestión directa o indirecta del mismo por las corporaciones locales (art. 15.1), como no podía ser de otra manera, habida cuenta del necesario respeto a la potestad de autoorganización de estas entidades (art. 5.1 LAULA).

Es por ello que, concluimos, ningún problema debe haber, desde la perspectiva de su financiación, en que el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa preste ahora el servicio mediante una Cooperativa de Servicios Públicos.

Para terminar, queremos subrayar que en realidad esta articulación de la financiación de lo que entendemos es una competencia municipal propia no es acorde ni al Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (art. 192.1), ni a la LAULA (art. 24.1). Si, como hemos defendido en las primeras páginas de este dictamen, se trata de una competencia propia, ello exige: a) que siendo el titular de la competencia el municipio la ejerza éste en todo caso, no la provincia, independientemente del número de habitantes, pues el art. 9.3 de la LAULA no distingue por tramos de población; b) que la competencia no se financie mediante convenio con la Consejería autonómica, fórmula de financiación que es más propia de una competencia delegada, y menos aún mediante subvención (financiación condicionada) otorgada por Diputación, sino atribuyendo directamente los fondos a todos los municipios andaluces, mediante la participación municipal en los tributos de la Comunidad Autónoma (financiación incondicionada conforme a la Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

11.2. La financiación del servicio de escuelas infantiles

Es en el Decreto 149/2009, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la

educación infantil, donde se articula la financiación de las escuelas infantiles municipales. En su artículo 51 se regulan los convenios que la Consejería competente firma con las corporaciones locales a estos efectos.

En el apartado 1 de este artículo 51 se establece lo siguiente:

“La Consejería competente en materia de educación podrá suscribir convenios para la financiación de los puestos escolares existentes en centros educativos que impartan exclusivamente el primer ciclo de la educación infantil de los que sean titulares las Corporaciones locales, otras Administraciones públicas y las entidades privadas. A tales efectos, los centros educativos recibirán de la Administración educativa las cantidades que dejen de abonar las familias sobre los precios de los servicios que disfruten, como consecuencia de la gratuidad y de las bonificaciones a que hace referencia el artículo 33”.

De esta forma, ningún problema hay en que una Cooperativa de Servicios Públicos, como entidad privada, suscriba el convenio de financiación con la Consejería. A estos efectos, estimamos que caben dos opciones: a) plantear la extinción del convenio vigente con el Ayuntamiento y suscribir un nuevo convenio con la cooperativa; b) realizar una modificación subjetiva del convenio vigente, en la que la cooperativa sustituiría al Ayuntamiento. Deben valorarse las ventajas de esta segunda opción, que posiblemente evitaría retrasos en las transferencias de financiación en el periodo de tiempo que va entre que se extingue un convenio y se firma el siguiente.

En cualquier caso, la modificación del régimen jurídico del convenio, se siga la primera o la segunda opción, se regirá ahora por las nuevas normas establecidas en la ya vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 47-53), que, publicada en BOE el 2 de octubre de 2015, acaba de entrar en vigor, tras el transcurso del plazo de 1 año previsto en su Disposición final 18ª. Esta nueva regulación de los convenios establece un régimen legal mucho más completo y detallado que el que se contenía en la normativa preexistente, por lo que debe ser tenido en cuenta. A su vez, hay que considerar la previsión recogida en el art. 48.7 de esta misma Ley, según la cual, “asimismo, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una entidad local, deberá cumplir con lo dispuesto en la LBRL”. Lo que, en la práctica, supone estar a la aplicación de los arts. 7.3 y 27 LBRL, como no podía ser de otra manera, conforme al orden de fuentes del Derecho aplicable.

Para finalizar, debemos destacar, por el interés que presenta, la previsión del art. 51.6 del Decreto 149/2009, según el cual:

“Se priorizará la financiación de puestos escolares en las zonas de compensación educativa y en aquellas en las que exista una mayor demanda de este servicio. En todo caso, tendrán preferencia los centros de titularidad pública. Entre los centros privados, tendrán preferencia aquellos que estén constituidos en régimen de cooperativa u otras fórmulas de economía social”.

De este precepto se deriva una clara preferencia de la Comunidad Autónoma, que es la que decide delegar la competencia del servicio de escuelas infantiles en el Ayuntamiento, porque esta competencia se ejerza por centros de titularidad pública, a los que prioriza en su financiación. Ejerciéndose por centros privados, la Comunidad Autónoma expresa su preferencia por los constituidos en régimen de cooperativa, como es la Cooperativa de Servicios Públicos que quiere constituir el Ayuntamiento de Villamanrique de la Condesa. Evidentemente, esta opción política que expresa la Comunidad Autónoma mediante el citado Decreto es algo que debe hacerse valer en la firma del nuevo convenio de financiación.

11.3. La imposibilidad de declarar una cooperativa como de utilidad pública no impide su declaración como de interés social

Se nos pregunta por el Ayuntamiento si la cooperativa de servicio público tiene que tramitar una declaración de interés público de cara a la solicitud de financiación.

A este respecto, debe decirse que, aunque no se use la expresión “interés público”, es cierto que la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación establece un régimen especial para el fomento de determinadas asociaciones que denomina asociaciones de “utilidad pública”. Éste se caracteriza principalmente por atribuir a la asociación que sea declarada de utilidad pública una serie de beneficios económicos y fiscales. Para acogerse a este régimen es necesario cumplir una serie de requisitos y pasar por un procedimiento, que culmina con la declaración de utilidad pública de la asociación. Estos requisitos, el procedimiento, y sus efectos están regulados en los artículos 31 a 36 de la Ley Orgánica.

Esta regulación se establece “sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas para la declaración de utilidad pública, a efectos de aplicar los beneficios establecidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos, a las asociaciones que principalmente desarrollen sus funciones en su ámbito territorial” (art. 36 L.O. 1/2002). Así lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía (arts. 8.1.i y 28.e) regula la declaración de utilidad pública (arts. 8.1.i y 28.e).

El problema es que la aplicación de este régimen especial, que no deja de ser una medida pública de fomento, se predica únicamente en nuestra legislación respecto de las asociaciones, no siendo de aplicación a las cooperativas (art. 1 Ley 4/2006). Aunque la cooperativa es, sin duda, una fórmula asociativa, tiene características propias, especificidades, que le llevan a tener una regulación diferenciada, como es la LSCA. De esta forma, la regulación en Andalucía de las asociaciones se lleva a cabo por la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía, y la de las cooperativas por la LSCA. Siendo cosa distinta se le aplican regímenes distintos, lo que excluye la aplicación de esta medida de fomento que no se ha previsto como tal para las cooperativas.

Un caso especial en nuestro ordenamiento lo constituye la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, en la que se contempla expresamente que las cooperativas del País Vasco puedan ser declaradas de utilidad pública, con los correspondientes efectos (art. 137.2). Pero no es esto, desde luego, lo que prevé el legislador andaluz, ni en la LSCA ni en la Ley de Asociaciones.

No obstante, aunque, como decimos, la legislación andaluza de cooperativas no haya contemplado un régimen de fomento de las mismas, con beneficios económicos y fiscales, como el que se prevé para las asociaciones, sí que ha previsto la figura de la cooperativa de interés social. Se trata de un régimen especial aplicable a las cooperativas de trabajo, regulado en el art. 94 LSCA. Este régimen se diseña en atención al objeto de la cooperativa, cuestión ésta que, por su conexión con algunas de las competencias que el Ayuntamiento quiere que gestione la cooperativa de servicios públicos, debe destacarse aquí.

Así, el art. 94 LSCA en su apartado 1 establece que “son sociedades cooperativas de interés social aquellas que tienen como finalidad la promoción y plena integración sociolaboral de determinados sectores de la ciudadanía”. Es decir, las cooperativas de interés social son aquellas cuya prestación de servicios esté relacionada con la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, la protección de la infancia y la juventud,

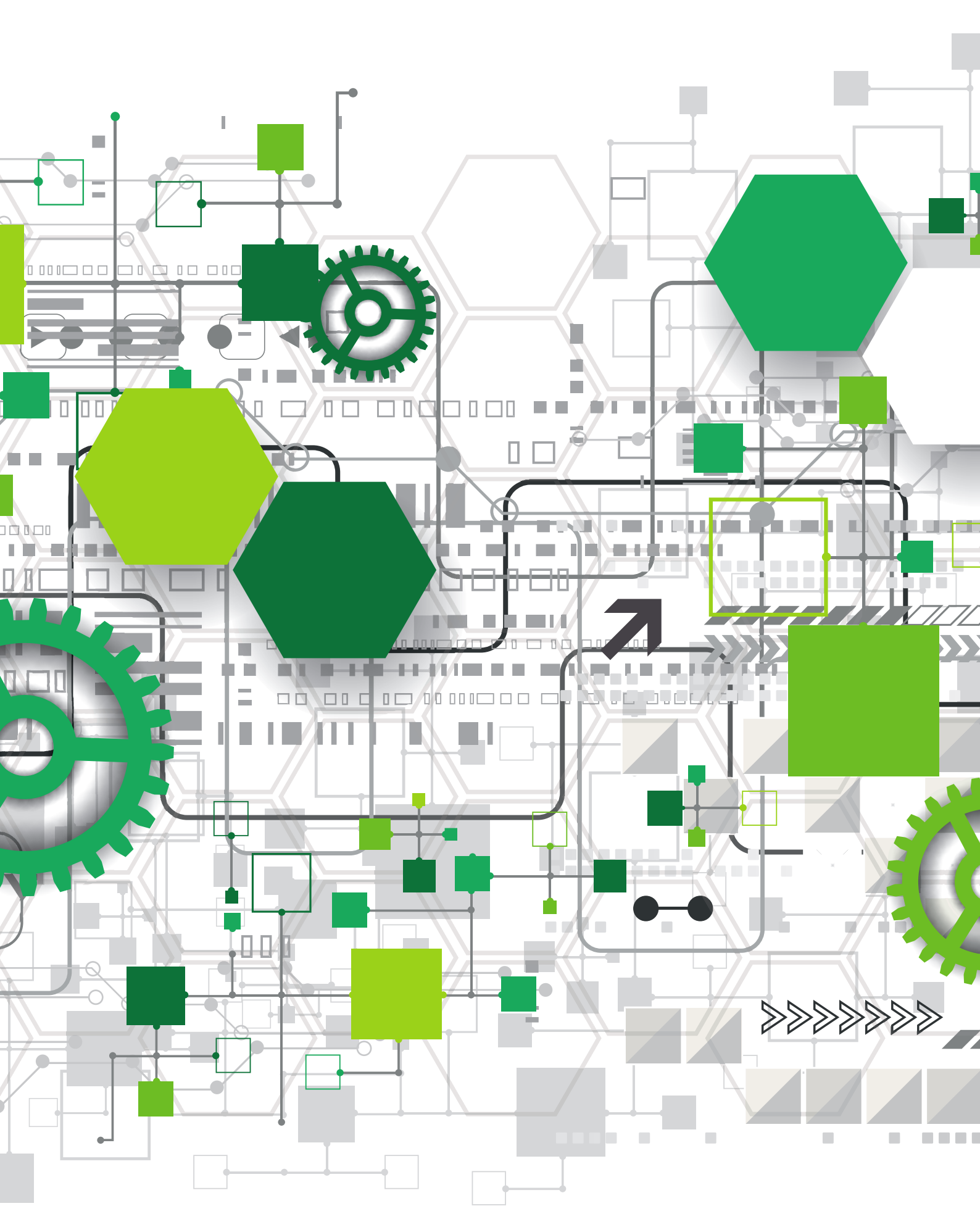
la asistencia a personas mayores, así como cualquier colectivo con dificultades de integración o desarraigo (inmigrantes, discapacitados, refugiados, asilados, ex reclusos, personas con problemas de adicción, víctimas de violencia de género o de terrorismo, personas pertenecientes a minorías étnicas, etc.).

Sus estatutos sociales determinarán la existencia o no de ánimo de lucro en el artículo relativo al objeto social. Además, en la denominación de estas sociedades deberá aparecer obligatoriamente la expresión “interés social”.

A la luz de esta norma, parece que nada obsta a que la cooperativa de servicios públicos se constituya asimismo como cooperativa de interés social.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta figura no ha sido desarrollada por la normativa andaluza más allá de lo que se ha expuesto en este informe. No se prevé en la misma un procedimiento para la declaración de interés social, al margen de la calificación de la cooperativa como tal en la inscripción que deba practicarse en el Registro de Cooperativas Andaluzas (art. 117.2 RSCA). Tampoco se recogen en estas normas las consecuencias de esta calificación, ni la existencia de beneficios económicos o fiscales vinculados a la misma, al modo de como ocurre con las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Ni siquiera el Decreto-ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento, aprobado por el Consejo de Gobierno andaluz, que establece distintas líneas de subvenciones para las cooperativas andaluzas (arts. 43 y ss), ha previsto una línea específica en atención a su consideración como cooperativa de interés social.



Cátedra de
Economía Social, Ética y Ciudadanía
Grupo cooperativo El Roble