



DIARIO DEL DERECHO MUNICIPAL

Luis Enrique Flores Domínguez, Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla

Las cooperativas de servicios públicos como nuevo modo de prestación directa de los servicios locales en Andalucía (RI §1132001)

[25/09/2014](#) - [Estudios y Comentarios](#)

A propósito del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas (BOJA, 23 de septiembre 2014)

I.- La unificación de los modos de gestión de los servicios públicos.

Uno de los temas que ha ofrecido más resistencia a la unificación de régimen jurídico entre los ordenamientos jurídicos local y estatal ha sido el relativo a los modos de gestión de los servicios públicos, con clara incidencia en el contrato de gestión de dichos servicios.

La Ley de Contratos del Estado –art. 66- incluía la sociedad de economía mixta como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos (gestión indirecta), frente a la regulación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que la configuraba como un tercer modo de gestión, distinto a la directa o indirecta. Además, esta última norma contemplaba el arrendamiento como un modo de gestión indirecta. La LBRL mantuvo el criterio de la LCE, encuadrando en la gestión indirecta la sociedad de economía mixta y considerando gestión directa aquellas formas societarias con participación exclusivamente pública –art. 85-.

Posteriormente, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 –art. 155- volvió a crear confusión al excluir del contrato de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta siempre que la participación en el capital social de una Administración o ente público de la misma fuese exclusiva o “mayoritaria”. La Ley 11/1999, de 27 de diciembre, modificó esta previsión, exigiendo que la participación de la Administración en el capital social fuese exclusiva para que la gestión del servicio no se articulara a través del contrato de gestión, incorporándose definitivamente al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). La reforma operada a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, remitió la gestión indirecta de los servicios públicos locales a las formas previstas en el TRLCAP para el contrato de gestión de servicios públicos. Con estas normas, y con la salvedad de la posible pervivencia del arrendamiento como modo de gestión indirecta (ahora definitivamente erradicado), se unificó la gestión de los servicios públicos tanto en el régimen local como en el estatal.

Al menos una conclusión habíamos obtenido después del devenir legislativo: únicamente quedaba excluido del ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos aquella modalidad, en virtud de la cual, se atribuía la gestión del servicio a una sociedad de capital íntegramente público. La cuestión que se suscitó a continuación era la de decidir si el capital debía pertenecer exclusivamente a la entidad que creaba la sociedad o si se cumplía la exigencia con la titularidad pública de la sociedad, aunque sus acciones o participaciones fueran titularidad de distintas Administraciones. Las expresiones utilizadas por el legislador, tales como que “el capital pertenezca íntegramente a la entidad local” (art. 85.3,c LBRL, en su redacción originaria, añadiendo la Ley 57/2003 “o a un ente público de la misma”), o que “la gestión del servicio se

atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración (en singular) o de un ente público de la misma” (art. 154.2 TRLCAP), parecían indicar que la gestión directa únicamente abarcaba aquellos supuestos en que la titularidad del capital correspondía exclusivamente a una Administración, en concreto a aquella respecto de la cual se prestaba el servicio. Esta posición viene avalada también por el entendimiento tradicional del art. 26.1 LBRL que obliga a los municipios a prestar determinados servicios por sí “o asociados”, vinculándose este último término con las fórmulas asociativas tradicionales del Derecho Local –mancomunidades, consorcios...- y no con las propias del Derecho Mercantil.

La reforma que introduce la disposición final primera de la LCSP, y otras previsiones de la Ley, consolidan la tesis de que basta con que el capital sea de titularidad pública, aunque pertenezca a distintas Administraciones, para que nos hallemos ante una sociedad que gestiona directamente un servicio público, sin necesidad de acudir al contrato de gestión. Dos razones avalan esta posición:

1ª.- La nueva regulación del contrato de gestión de servicios públicos excluye completamente de su ámbito la gestión directa, a la que no se hace referencia en el art. 275 TRLCSP, frente a la tradición anterior de definir los supuestos en que quedaba excluida la gestión de servicios públicos del citado contrato (art.154 TRLCAP). Mantiene el art. 277,d el concepto de sociedad de economía mixta como aquel en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

2ª.- El art. 85.2,d LBRL, como hemos indicado, se refería a sociedad cuyo capital social pertenezca *íntegramente a la Entidad Local*. En cambio, la nueva regulación exige que el capital social *sea de titularidad pública*. La exigencia de titularidad pública del capital se satisface con su pertenencia exclusiva a diversas Administraciones Públicas o entes públicos de ellas dependientes.

Una última cuestión objeto de reflexión es si la “titularidad pública” del capital social, en el ámbito de la prestación de los servicios locales, abarca a cualquier Administración o ente público. Es decir, si pudiera constituirse una sociedad mercantil con participación de la Comunidad Autónoma o de la Diputación Provincial para prestar un servicio público local en régimen de gestión directa. Formalmente la exigencia de “titularidad pública” del capital social resulta plenamente satisfecha, pero a nuestro juicio existen serias dificultades de orden competencial para admitir con carácter general esta fórmula de prestación de los servicios públicos locales. Distintas razones avalan esta posición: 1ª la competencia la atribuye el art. 26.1 LBRL a los municipios, “por sí o asociados” antes de la reforma llevada a cabo a la LBRL por la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local –LRSAL-; 2ª a las Diputaciones Provinciales se les atribuía la exclusiva función de asistir a los municipios en orden al establecimiento y prestación de los servicios –apartado 3-; 3ª las Comunidades Autónomas tienen la única función de cooperar a estos fines con las Diputaciones Provinciales; 4ª cuando el ordenamiento contempla fórmulas asociativas de las Entidades Locales con otras Administraciones, las prevé para “realización de actuaciones conjuntas, la coordinación de actividades y la consecución de fines de interés general” (p.e. los Consorcios en el art. 33.1 LDMA), pero no para la prestación de servicios públicos en sentido estricto. Entendemos, en consecuencia, que para la prestación de estos servicios públicos hay que exigir que el capital sea de titularidad pública pero exclusivamente local, como señala el art. 85.3 LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003.

No obstante, el nuevo rol que a las Diputaciones atribuye el art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, pudiera hacer cambiar esta conclusión. Ahora corresponde a la Diputación la coordinación de la prestación de determinados servicios básicos, y para ello puede acudir, previa conformidad de los municipios afectados, proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa de los servicios o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades “*u otras fórmulas*”, expresión que pudiera acoger una sociedad en la que participara la propia Diputación junto a los municipios. Lo cierto es que cuando se ha regulado la sociedad cuyo capital pertenezca a varios entes públicos como modo de prestación de servicios se ha pensado en la pertenencia del capital exclusivamente a entidades locales. Así, el art. 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

La **conclusión** que podemos obtener es que la distinción entre gestión directa y gestión indirecta, o, en otros términos, la sujeción o no al contrato de gestión de servicios públicos, se sitúa ahora claramente en el hecho de que en la sociedad participen exclusivamente entes públicos, con independencia del número de entidades que participen, en cuyo caso estaríamos ante una gestión directa; o bien que estos entes públicos

participen conjuntamente con otras personas naturales o jurídicas privadas, en cuyo caso estaríamos ante una gestión indirecta.

II.- REFERENCIA A LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA.

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), ha vuelto a introducir una quiebra en el sistema al regular las modalidades de prestación, mediante gestión directa o propia, de los servicios públicos en régimen de servicio público -art. 33-. Además de establecer una nueva tipología de entes instrumentales (Agencia pública: administrativa local, empresarial local y especial local; Sociedad mercantil local; Sociedad interlocal; Fundación pública local), la LAULA introduce un elemento de confusión al regular la figura de la Fundación pública local.

El art. 40 al regular este tipo de Fundaciones gestoras de servicios públicos les atribuye la condición de Fundación pública local siempre que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades; b) aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe esta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas. Es decir, nuevamente nos encontramos ante entes públicos a los que se atribuye la gestión directa de servicios públicos rompiendo el criterio establecido en el apartado anterior y al que llevó tanto esfuerzo legislativo, en los que la participación pública no es exclusiva, aunque dependan directa o indirectamente de una Entidad local.

Mayor confusión introduce la LAULA al introducir en la regulación de los servicios públicos la figura de la sociedad de economía mixta en el art. 43, aunque no la incluye entre las modalidades de gestión directa. Dispone el precepto que *“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.”* Añade en su apartado segundo que *“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.”*

La pregunta que suscita la regulación de esta figura es evidente: si no estamos ante una modalidad de gestión directa de los servicios públicos, ni el legislador la encuadra dentro del contrato de gestión de servicios públicos del art. 227 TRLCAP, ¿estamos ante un resurgimiento de la figura de la empresa mixta del Reglamento de Servicios de 1955?. Parece que volvemos al punto inicial de la evolución descrita en el apartado primero de este comentario, lo cual –desde luego- no contribuye a la clarificación de nuestro ordenamiento jurídico, ni ayuda al trabajo de los operadores jurídicos.

Esta regulación autonómica puede colisionar con la doctrina constitucional acerca de la competencia del legislador básico estatal para regular los modos de gestión directa, contenida en las SSTC 103/2013, de 25 de abril, 143/2013, de 10 de julio, y 161/2013, de 25 de septiembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para modernización del gobierno local. En ellas se sienta la siguiente doctrina: *“Lo que se niega es, pues, la competencia del Estado para establecer las especialidades de los organismos públicos locales. Forma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex art. 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento de Cataluña, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales –mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE–, debiendo ser las Comunidades Autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales.”* Esta interpretación constitucional plantea un serio conflicto con la regulación realizada por Andalucía en desarrollo del Estatuto de Autonomía. Aunque el hecho es que la norma autonómica está vigente y no fue impugnada de inconstitucionalidad, como tampoco lo fue, en este particular, el Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica

2/2007) que le da cobertura.

III.- LA REGULACIÓN EN ANDALUCÍA DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y LOS MODOS DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de fomento, ordenación y organización de las cooperativas (art. 58.1.4º), como máximo exponente de la economía social. En el ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Esta norma, en su exposición de motivos, las considera en lo esencial como *“empresas democráticas y solidarias que hacen de la formación de sus integrantes y de la cooperación herramientas privilegiadas para su desarrollo.”* Legalmente se definen –art. 2- como *“empresas organizadas y gestionadas democráticamente que realizan su actividad de forma responsable y solidaria con la comunidad y en las que sus miembros, además de participar en el capital, lo hacen también en la actividad societaria prestando su trabajo, satisfaciendo su consumo o valiéndose de sus servicios para añadir valor a su propia actividad empresarial.”*

El Título II de la Ley se dedica a la tipología de cooperativas, incluyendo el art. 83.1.a)4º dentro de las cooperativas de primer grado a las cooperativas especiales. Estas encuentran una única referencia en el art. 107, remitiendo al reglamento las sociedades de integración social, *las de servicios públicos* y las de explotación comunitaria de la tierra, sin mayor concreción sobre el régimen de las mismas.

En desarrollo de la Ley, se ha publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 23 de septiembre el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Su art. 101 se dedica a la regulación de las cooperativas de servicios públicos, con el siguiente tenor literal:

*“1. La Administración de la Junta de Andalucía así como las Administraciones locales andaluzas, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, podrán proveer que la **prestación directa** de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos.*

2. En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con experiencia 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. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos.

Cuando la Administración de la Junta de Andalucía participe como persona socia en este tipo de cooperativas, dicha participación deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en especial a la regulación de las organizaciones personificadas de gestión contenida en su artículo 12.

3. Se excluye, en todo caso, la prestación de servicios públicos que exijan el ejercicio de autoridad pública, como los de orden público y protección civil.

4. Será de aplicación a estas sociedades cooperativas el régimen previsto en el artículo 106 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre y en el artículo 99 de este Reglamento para las sociedades cooperativas mixtas.

5. En todo caso, las sociedades cooperativas de servicios públicos deberán someter a auditoría externa, en los términos establecidos por la Ley de Auditoría de Cuentas y sus normas de desarrollo, sus cuentas anuales y demás documentos necesarios conforme a la normativa general contable o cualquier otra disposición de obligado cumplimiento.”

De la parca regulación de la figura, podemos destacar los siguientes elementos:

La cooperativa de servicio público se configura como un auténtico modo de gestión directa de los servicios públicos locales, con la finalidad de prestarlos con calidad.

Como toda cooperativa exige *per se* la intervención de otros cooperativistas, ya sean entidades privadas

con experiencia en el sector, usuarios o trabajadores (en este último caso no podrán tener más del 25% del capital).

La Entidad local siempre conserva el control, pero exclusivamente respecto de las condiciones de prestación del servicio.

Nada se dice de cómo se incardinan estas sociedades en la legislación de régimen local. En cambio, si está contemplada la normativa de aplicación cuando el promotor es la Comunidad Autónoma.

No podrán prestar servicios que exijan el ejercicio de autoridad pública, no los de orden público y protección civil.

Se someten a auditoría externa, y sus cuentas se presentan conforme a la normativa general contable, sin ninguna referencia a la Ley de Haciendas Locales.

Supletoriamente se les aplicará el régimen previsto para las sociedades cooperativas mixtas.

Nos encontramos nuevamente ante una quiebra del criterio general admitido de que únicamente estamos ante una gestión directa de un servicio público cuando el ente personificado pertenece íntegramente a la Administración. Lo más sorprendente es que la quiebra no se produce ahora desde la legislación de régimen local, sino que es un legislador tan sectorial y específico, como la regulación de las cooperativas, el que establece un nuevo modo de gestión al margen de los criterios comúnmente admitidos. Y lo hace con una regulación parca, fragmentaria, sin ningún tipo de engarce con el resto del ordenamiento jurídico local y sembrando un campo de dudas que, en esta lectura primera de la norma, nos lleva al asombro y a la perplejidad.

IV.- CONCLUSION.

Las dos primeras reflexiones que se nos ocurren son, en primer lugar, la de constatar la dificultad que, cada día más, encontramos los operadores jurídicos para aplicar un ordenamiento jurídico cada vez menos armónico y más lleno de contradicciones; en segundo lugar, la fragmentación progresiva de la legislación de régimen local, que dificulta su cabal conocimiento, encontrándonos cada vez más normas en regulaciones dispares y ajenas, en principio, a la materia propia del régimen local.

Sobre la propuesta de cooperativas de servicio público como modo de gestión directa de los servicios públicos, consideramos que supone una quiebra al criterio general de que la gestión directa requiere la pertenencia exclusiva del ente personificado a la Administración que lo crea, con exclusión de la participación de los privados. Lo sorprendente, como hemos expuesto, es que frente a la legislación diversa de régimen local, fue la legislación de contratos la que, por influjo de la Unión Europea, unificó el régimen mediante la figura del contrato de gestión de servicios públicos y no se entiende, ahora, que vuelva a ser la legislación de régimen local, y mucho menos un legislador sectorial ajeno, quien rompa nuevamente esa unificación.

La cuestión final que dejamos planteada es la siguiente: si estos nuevos modos proclamados de gestión directa permiten la participación de los particulares y no se sujetan al contrato de gestión de servicios públicos, ¿cómo se seleccionan a quienes van a participar junto con la Administración?. La LAULA únicamente lo regula respecto de ese *tertium genus* que son las sociedades de economía mixta, pero nada dice acerca de la Fundación pública local y nada se dice, ahora, respecto de las sociedades cooperativas de servicios públicos.

Dejamos señaladas estas ideas en el mismo día en que se publica el Decreto 123/2014, pero ya indicamos que los procesos de selección de los socios o partícipes privados tendrán que sujetarse a procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia o, nuevamente, tendremos dificultades ante la Unión Europea.