

Impulso a la creación de Cooperativas de Servicios Públicos y Cooperativas Mixtas: nuevas fórmulas cooperativas recogidas en la Ley de Cooperativas Andaluza

Informe Jurídico Cooperativas de Servicios Públicos



FEDERACIÓN ANDALUZA DE EMPRESAS
COOPERATIVAS DE TRABAJO



CONSEJERÍA DE ECONOMÍA
Y CONOCIMIENTO



Realización técnica:



ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1.- Qué sujetos que pueden ser considerados “entidades públicas”, a efectos del concepto “Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos” previsto en la Ley Andaluza de Cooperativas y en su Reglamento.....	7
2.- Qué actividades pueden ser las propias de las sociedades cooperativas de servicios públicos de la LSCA.....	11
3.- Cuáles son las principales modalidades de constitución de una cooperativa de Servicios Públicos.....	14
4.- Si una Entidad Local andaluza quiere <i>promover</i> y <i>constituir</i> una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos ¿qué requisitos administrativos debe observar?.....	15
5.- Si la Junta de Andalucía o alguno de sus organismos públicos quiere <i>promover</i> y <i>constituir</i> una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos ¿qué requisitos administrativos deben observarse?.....	23
6.- ¿Puede una <i>Entidad pública</i> incorporarse como socio en una Sociedad cooperativa andaluza?.....	25
7.- Si una <i>Entidad Local andaluza</i> quiere integrarse como socio en una cooperativa previamente existente ¿qué requisitos administrativos debe observar?	27
8.- Si la <i>Junta de Andalucía</i> o <i>alguno de sus organismos públicos</i> quiere integrarse en una cooperativa previamente existente ¿qué requisitos administrativos debe observar? ...	30
9.- ¿Cómo se articula el principio cooperativo de puertas abiertas?	31
10.- ¿Cuáles son los requisitos administrativos para que una <i>Entidad Local</i> andaluza realice aportaciones al capital social de una sociedad cooperativa?	35
11.- ¿Cuáles son los requisitos administrativos para que <i>la Junta de Andalucía</i> o <i>alguno de sus organismos públicos</i> realice aportaciones al capital de una sociedad cooperativa?.....	39
12.- Para la realización de actividades de servicio público ¿necesitan las sociedades cooperativas de servicio público algún contrato con la Entidad Pública o un tipo de título jurídico específico?.....	41
13.- La adjudicación del servicio público ¿puede decidirse libremente o debe someterse a licitación pública?.....	42
14.- Las sociedades cooperativas de servicio público ¿son “medio propio o servicio técnico” del Ente público?	44
15.- ¿Con qué condiciones es lícito adjudicar directamente a la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos la gestión del servicio?	47

16.- Si una licitación para seleccionar socios en los términos de la pregunta anterior quedara desierta por falta de licitadores o las ofertas no fueran aceptables ¿qué solución jurídica habría?.....	48
17.- ¿Puede otorgarse mediante convenio el servicio público objeto de la sociedad cooperativa de servicio público?	50
18.- ¿Se ajustaría a Derecho vigente que se realizaran licitaciones públicas a las que sólo pudieran presentarse sociedades cooperativas?	50
19.- ¿Se ajustaría a Derecho vigente que se realizaran licitaciones públicas en las que las ofertas presentadas por sociedades cooperativas tuvieran alguna preferencia (con criterios de adjudicación, de desempate, o de ejecución del contrato)?	52
20.- ¿Cómo se reserva la Entidad pública el control sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos?.....	58
21.-¿Puede una cooperativa de servicios públicos recibir una cesión gratuita de bienes públicos?.....	62
22.- Cuál es el procedimiento para que la Entidad Pública salga de una sociedad cooperativa.	64
23.- ¿Qué novedades pueden interesar a las sociedades cooperativas de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se está tramitando para su trasposición?	66

CONTRATO DE TRABAJO DE CARÁCTER CIENTÍFICO AL AMPARO DEL ART. 83 LOU INFORME JURÍDICO SOBRE CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN ANDALUCÍA

EQUIPO DE INVESTIGADORES:

Profesora responsable:

Prfª Dra. Dª Laura López de la Cruz

Profesora Acreditada Titular de Derecho Civil UPO

Profesores colaboradores:

Prof. Dr. D. José Ignacio López González

Catedrático de Derecho Administrativo UPO

Prfª Dra. Dª María Dolores Rego Blanco

Profesora Titular de Derecho
Administrativo UPO



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

ABREVIATURAS

LAJA	Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía
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.
LCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público
LPJA	Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
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.

INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCA) contempla en su art. 83 una clasificación de las distintas tipologías de cooperativas y establece una serie de normas de carácter general.

Clasifica las sociedades cooperativas andaluzas en, por una parte, sociedades cooperativas de primer grado y, por otra, sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado.

Entre las primeras, menciona a:

- a) las cooperativas de trabajo,
- b) cooperativas de consumo,
- c) cooperativas de servicios,
- d) cooperativas especiales.

Añade el precepto que los criterios para determinar la inclusión de cada sociedad cooperativa en uno u otro tipo obedecen a la cualidad de las personas socias o a la actividad que estas desarrollen.

En lo que se refiere a las denominadas sociedades cooperativas especiales, el art. 106 LSCA conceptúa las llamadas **Sociedades Cooperativas Mixtas** como aquellas en cuya actividad cooperativizada concurren características propias de las distintas clases de sociedades cooperativas a las que el art. 83 inicialmente mencionado hace referencia en su apartado primero (cooperativas de trabajo, de consumo, de servicios, especiales).

Se trata de un subtipo de cooperativa nuevo, introducido por la Ley de 2011. En los órganos sociales de estas entidades deberá existir una representación, no necesariamente idéntica, de cada una de las actividades cooperativizadas integradas en la sociedad.

También se dispone en la Ley que los Estatutos de esta sociedad cooperativa podrán reservar la Presidencia y Vicepresidencia a los socios que desarrollen una determinada actividad (**reserva orgánica, art. 106.2 LSCA**).

Además, El Reglamento que desarrolla la LSCA (Decreto 123/2014) (RSCA) dedica el artículo 99 a las cooperativas Mixtas. Reitera la definición que de las mismas proporciona el art. 106 LSCA y regula de manera detallada su estructura, indicando que deberán desarrollar al menos dos actividades cooperativizadas que se regularán por la normativa específica prevista para cada una de ellas (arts. 84 y ss. LSCA y arts. 70 y ss. RSCA).

Además, remite a los Estatutos para el establecimiento de los derechos y obligaciones que corresponden a sus personas socias, teniendo en cuenta la actividad que desarrollan, siempre sometido a unos criterios de equidad y proporcionalidad.

En lo que se refiere a las **Sociedades Cooperativas de Servicios Públicos**, el art. 107 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas remite a la regulación reglamentaria de este tipo de sociedades cooperativa.

Esta nueva modalidad de sociedad cooperativa introducida asimismo por la LSCA tiene como actividad la prestación de servicios públicos. La regulación reglamentaria de esta clase de cooperativa es escasa: el art. 101 del reglamento (Decreto 123/2014) apenas le dedica cinco párrafos a la misma. Tanto la Administración de la Junta de Andalucía, como Administraciones de ámbito territorial inferior (Diputación, Municipios) pueden establecer que la prestación de determinados servicios públicos se haga mediante la constitución de Sociedades Cooperativas de Servicios Públicos (art. 101.1 RSCA).

Esta disposición legal plantea las siguientes cuestiones que se exponen a continuación a modo de argumentario. Cada cuestión está planteada con la estructura de **PREGUNTA, RESPUESTA y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**.

El presente dictamen jurídico sobre las posibilidades de actuación de las cooperativas en relación a la Ley 14/2011 y Decreto 123/2014, en relación a la licitación de servicios públicos de interés general por parte de la Administración Pública y la posibilidad de articular prestaciones de servicios a través de empresas cooperativas ha sido elaborado al efecto para el presente proyecto por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide a través de la Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI).

ARGUMENTARIO

1.- Qué sujetos que pueden ser considerados “entidades públicas”, a efectos del concepto “Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos” previsto en la Ley Andaluza de Cooperativas y en su Reglamento.

RESPUESTA: Todos los Entes del sector público estatal y del sector público andaluz pueden ser considerados “entidades públicas” a efectos del concepto de “Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos” de la LSCA. Sin embargo, en el ámbito local andaluz, sólo los Municipios, Provincias y sus respectivas agencias públicas administrativas locales, con algunas limitaciones.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Ni el artículo 13.1 de la LSCA ni el artículo 101 del RSCA -éste último además de carácter reglamentario- limitan la posibilidad de ostentar la condición de socios en las cooperativas de servicios públicos a entes o personas jurídicas de Derecho público, sino que, por el contrario utilizan una expresión más lata, “**entidades públicas**”.

Ello nos permite estimar que el ámbito subjetivo de estas sociedades cooperativas no debe limitarse a las “Entidades de Derecho Público” (o personas jurídico-públicas), sino que se debe considerar también la posibilidad y potencialidad de las “Entidades Públicas de Derecho Privado” (también conocidas como “entidades instrumentales de Derecho privado”), esto es, las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal, o autonómico o local (si bien en este último caso, hay prohibiciones importantes que tener en cuenta, como veremos).

En consecuencia, el ámbito estatal tienen personalidad jurídico-pública, y por tanto, responden a la consideración de “entidades públicas”, la propia Administración General del Estado, y sus organismos públicos regulados en la LOFAGE y en la LAE (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales),.

Así como sus entes atípicos (Disposición Adicional ^a LOFAGE) o los Entes jurídico-públicos conocidos como independientes (Banco de España, Universidades Públicas estatales, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), sin olvidar los consorcios en los que pueda participar el Estado con otros Entes públicos (autonómicos o locales).

Pasando al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, han de tenerse como "entidades públicas" a efecto de los arts. 13 LSCA y 101 RSCA:

a) Por un lado, en consideración al carácter público de su personalidad jurídica:

- a. La Administración General de la Junta de Andalucía (art. 2 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía –en adelante, LAJA).
- b. Las Agencias de la Junta de Andalucía, en cualesquiera de las modalidades recogidas en los arts. 54 y ss. LAJA (agencia administrativas, agencias públicas empresariales y agencias de régimen especial).
- c. Los Entes de Derecho público andaluces de carácter independiente (caso, por ejemplo de la Consejo Audiovisual de Andalucía o de las Universidades Públicas andaluzas).
- d. Los consorcios en los que pueda participar la Junta de Andalucía con la Administración General del Estado o con otras Comunidades Autónomas (o sus respectivos Entes públicos estatales o autonómicos) o con Municipios o Provincias.

b) Y por otro lado, en calidad de entes de naturaleza privada integrantes del sector público andaluz:

- a. Las sociedades mercantiles del sector público andaluz (art. 75 LAJA).
- b. Las fundaciones del sector público andaluz (art. 78 LAJA).

Por lo que hace al ámbito de las **Entidades Locales**, pueden incorporarse a una cooperativa en calidad de personas jurídico públicas:

- a) Los Entes locales mencionados en el art. 3.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), esto es:
 - a. **Municipios.**
 - b. **Provincias.**

- b) Las **agencias públicas administrativas locales de los Municipios y Provincias** andaluzas, que son, de acuerdo con el art. 34 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA), las figuras equivalentes a los organismos autónomos locales previstos en el art. 85.2.b) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local.

Ha de tenerse presente, no obstante, que la posibilidad de que estos Entes locales que acabamos de relacionar puedan constituir o integrarse en una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos está sujeta a la **condición** de que **no estén afectados por un plan económico-financiero o un plan de ajuste, salvo** que en el ejercicio presupuestario anterior hubieran cumplido con ciertos requisitos legales. Así lo impone la Disposición Adicional 9 de la LBRL (introducida por el art.1 apartado treinta y seis de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), cuyo apartado 1 establece:

“1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes 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.

- 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 desde la perspectiva de la LSCA y el RSCA no habría impedimento en que el resto de los entes locales que forman parte del sector público local engrosen la relación de "entes públicos" que pueden integrarse en sociedades cooperativas andaluzas, en la actualidad **no es jurídicamente admisible**.

Esta limitación afecta a las **agencias públicas empresariales locales** (similares a las entidades públicas empresariales), a las **agencias especiales locales** (similares a las agencias de régimen especial) y a las **demás Entidades locales del art. 3 de la LBRL**, así como a las **sociedades mercantiles locales y fundaciones públicas locales**.

La razón jurídica de la prohibición que comentamos es la vigente redacción de la Disposición Adicional 9. Apartado 3 de la LBRL que viene a impedir que cualesquiera otros entes locales distintos a los Municipios, Provincias y agencias administrativas locales (organismos autónomos) de unos u otros, puedan participar o constituir, entre otros, sociedades cooperativas. La literalidad de la prohibición es la siguiente:

"3. Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional.

4. Aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que a la entrada en vigor de esta Ley no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación, estuvieran controlados exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas.

De cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o de sus organismos autónomos deberán estar adscritos, vinculados o dependientes directamente a las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o bien ser disueltos, en ambos casos, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley e iniciar, si se disuelve, el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución.

- De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En el caso de que aquel control no se ejerza con carácter exclusivo las citadas unidades dependientes deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley.
- Los plazos para el cambio de adscripción, vinculación o dependencia, la disolución y para proceder a la transmisión de la correspondiente participación citados en los dos párrafos anteriores de este apartado 4 se ampliarán en un año más, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros.»

2.- Qué actividades pueden ser las propias de las sociedades cooperativas de servicios públicos de la LSCA.

RESPUESTA: El concepto de servicios públicos utilizado por la LSCA y el RSCA se corresponde con la noción tradicional del término, equivalente al “conjunto de competencias y funciones que las Administraciones Públicas tienen encomendadas por el ordenamiento jurídico, tanto de carácter prestacional como patrimonial, para satisfacer con sus actividades y bienes los intereses generales”.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

a) Tratándose de la realización de **actividades para el ejercicio de las competencias de las Administraciones Públicas**, el sector público puede desarrollar dicha gestión de forma directa o de forma indirecta. En el primer caso mediante sus propios medios personales y materiales o mediante entidades de Derecho público (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias u otros entes vinculados a **la Administración y de personalidad jurídico pública**) o mediante entes públicos de derecho privado (**sociedades mercantiles y fundaciones de titularidad enteramente pública**).

Asimismo a través de entidades asociativas integradas por Administraciones Públicas, como sucede en el caso de las mancomunidades de municipios. En cuanto a las formas de gestión indirecta, se corresponden con alguna de las modalidades que puede adoptar el contrato de gestión de servicios públicos (artículo 277 del RDL 3/2011, de **Contratos del Sector Público**), esto es: **concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta en la que la Administración participa en concurrencia con personas físicas o jurídicas.**

En este contexto las sociedades cooperativas de servicios públicos (SCSP) han de situarse necesariamente en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos, dado que se trata de entes instrumentales personificados en los que participan entidades públicas y entidades privadas o particulares. La gestión directa queda reservada a la realizada mediante entes públicos exclusivamente.

Se excluye expresamente, tanto del ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos (artículo 275.1 del RDL 3/2011, **de Contratos del Sector Público**) como del **ámbito objetivo de las sociedades cooperativas de servicios públicos de Andalucía (artículo 101.3 RSCA) la prestación de servicios que exijan el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, así como los de orden público y protección civil.**

b) Tratándose de la **gestión de bienes de titularidad y competencia de las Administraciones Públicas**, es decir en el ámbito de la gestión patrimonial, las competencias que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración se manifiestan en las actividades de interés general relacionadas con la utilización y aprovechamiento de los bienes demaniales, patrimoniales y comunales, en su caso.

Aquí los servicios públicos son las actividades relacionadas con la gestión patrimonial de los bienes de titularidad de las Administraciones Públicas, al objeto de darles el destino y aprovechamiento que legalmente les corresponda. En este ámbito las modalidades de gestión indirecta precisan justificarse en títulos de autorización o de concesión, precedidos de los correspondientes procedimientos de concurrencia competitiva para su otorgamiento. En este ámbito las SCSP pueden protagonizar asimismo un importante interés.

Junto a las prohibiciones impuestas por la Disposición Adicional 9ª, apartados 1 y 3 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local (a partir de su modificación por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), hemos de distinguir de conformidad con el artículo 7º de la Ley 7/1985, asimismo modificado por la citada Ley 27/2013, que las competencias de las Entidades Locales pueden ser de tres tipos: a) *Competencias propias*; b) *Competencias atribuidas por delegación* del Estado o de la Comunidad Autónoma; y c) *Competencias distintas de las anteriores* (competencias impropias, para entendernos).

Las competencias propias de las Entidades Locales son las determinadas por Ley y que se ejercen en régimen de autonomía y bajo su responsabilidad. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, determina las materias en las que de conformidad con la legislación estatal y autonómica, tienen reconocidas competencias propias los Municipios. Igualmente el artículo 26 de la citada Ley determina los servicios públicos obligatorios que deben prestar todos los Municipios, así como aquellos otros servicios públicos obligatorios en razón del número de habitantes de la correspondiente entidad municipal.

Esta normativa en materia de competencias propias, se ha de complementar en Andalucía, mediante lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

Especial interés representa el actual régimen que se establece en la Ley 7/1985, tras su reforma por Ley 27/2013, en relación con el ejercicio por las entidades locales de competencias distintas a las propias o las que ostentan por delegación estatal o autonómica; se trata del régimen de las que tradicionalmente se conocen como competencias impropias:

- El actual artículo 7.4 de la citada Ley 7/1985 determina que las entidades locales sólo podrán ejercer competencias distintas (a las propias y a las de delegación) **“cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.**
- *A estos efectos serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias”.*

Por consiguiente el actual régimen diferenciado de competencias municipales que se establece tras la Ley 27/2013, deberá tenerse presente a efectos de la posible promoción o integración del sector público municipal en sociedades cooperativas de servicios públicos.

3.- Cuáles son las principales modalidades de constitución de una cooperativa de Servicios Públicos.

RESPUESTA: Existen dos vías principales para constituir una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos:

- a) La entidad Pública promueve la sociedad cooperativa y busca socios para su incorporación.**
- b) La Entidad Pública ofrece incorporarse como socio en una cooperativa ya constituida (de servicios, trabajo o mixta).**

La forma concreta y detallada de constitución se indica a continuación.

4.- Si una Entidad Local andaluza quiere *promover y constituir* una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos ¿qué requisitos administrativos debe observar?

RESPUESTA: Además de los requisitos propios de la LSCA y de su Reglamento, existen requisitos administrativos sobre el procedimiento y el órgano administrativo competente recogidos en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

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.

Al respecto, se ha de decir lo siguiente:

Con carácter general, en el procedimiento de constitución de la sociedad cooperativa andaluza destaca como novedad significativa el nuevo programa de tramitación telemática registral para este tipo de sociedades. A ello se une el hecho de que ya no es requisito imprescindible la escritura notarial pues, con la nueva Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, este trámite resulta opcional y sólo es obligatorio en el supuesto de que se aporten bienes inmuebles al capital social (**art. 119.1 LSCA y art. 5.2 RSCA**).

Otra de las novedades importantes, es la posibilidad de que las Unidades Registrales de Cooperativas puedan recabar directamente de las notarías los documentos notariales necesarios para la tramitación del expediente.

Esto puede llevarse a cabo gracias a un sitio web que une a los diversos notarios de Andalucía con el nuevo programa de tramitación telemática de las cooperativas andaluzas (Consejería de Economía, Innovación, ciencia y empleo de la Junta de Andalucía).

Para recabar estos datos, el ciudadano deberá haber consignado en la solicitud su consentimiento expreso al efecto.

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

1. Celebración de una Asamblea Constituyente

El acta de la Asamblea constituyente, que será firmada por todas las personas promotoras de la sociedad cooperativa, deberá contener:

- 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 Ley 14/2011, de 23 de diciembre, en el presente Reglamento, 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, 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 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.
- 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 RSCA.
- j) En el caso de cooperativas de viviendas, se incorporará documento acreditativo de que el número de personas socias comunes que la constituyan sea igual o superior al veinticinco por ciento de las viviendas promovidas por la entidad, supeditándose el aumento del número de viviendas en promoción, con posterioridad a la constitución, al mantenimiento de dicha proporción.

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.

Al igual que en los documentos notariales, 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.

3. Inscripción

Las solicitudes se realizarán 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 procedimientos de inscripción y de certificación relativos al Registro de Cooperativas de Andalucía y al Registro de Sociedades Laborales de Andalucía.

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).

. 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.

Pero además, si quien la promueve es una Entidad Local que pretende tomar parte en la misma, es imprescindible que sean observados los **requisitos de orden jurídico-administrativo**, que condicionan la validez de las decisiones de las Entidades Públicas.

Nos referimos a las exigencias relativas al procedimiento administrativo que ha de seguirse por la misma, así como la determinación del órgano administrativo competente para tomar las necesarias decisiones.

Ni en la LSCA ni en el RSCA contemplan los requisitos administrativos para que una Entidad Local andaluza promueva y constituya una sociedad cooperativa, si bien la legislación autonómica andaluza de régimen local sí regula cómo constituir sociedades mercantiles.

La LAULA regula, por un lado, la creación de empresa pública local (art. 47) y, por otro lado, la incorporación de capital privado a una sociedad mercantil (art. 43).

Por tanto, siguiendo el art. 47 LAULA, puede considerarse que para la constitución de una sociedad cooperativa a iniciativa de una Entidad Local andaluza es necesario:

1.- Expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la creación de la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos (art. 33 LAULA)

2.- Acuerdo adoptado por mayoría del Pleno (art. 22.1.f y 123.1.k LBRL) que autorice a la creación de la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos, cuyo contenido mínimo obligatorio es el siguiente:

- a) Denominación.
- b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d) Facultad de participar o crear otras sociedades (el precepto dice mercantiles, pero ha de entenderse igualmente, cooperativas).
- e) Participación de la entidad local en el capital social.
- f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración (entiéndase "Consejo Rector" de la cooperativa).

- g) Adscripción
- h) Proyecto de estatutos, que habrán de seguir el contenido exigido por el art. 11 LSCA, (por ejemplo, incluyendo la prohibición de socios de trabajo art. 19 RSCA; medidas de ponderación de voto o de reserva orgánica a favor de la Entidad Local como mecanismos para que, de acuerdo con lo previsto en el RSCA, la Entidad Local mantenga el control sobre las condiciones de prestación del servicio)
- i) Plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias.
- j) Plazo máximo de duración de la sociedad cooperativa (por ejemplo, el art. 111 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 limita la existencia de las empresas mixtas a 50 años), y lo permite el art. 79 LSCA (disolución de la sociedad cooperativa cumplimiento del plazo fijado en los estatutos sociales).

3- Publicación del acuerdo del Pleno en el Boletín Oficial de la Provincia

4.- Procedimiento de libre concurrencia no discriminatoria para conseguir socios (al menos dos).

En este punto hay que atender a lo exigido en art. 43 LAULA. Esta norma determina el procedimiento para la constitución de empresas mixtas de colaboración pública-privada, que tienen forma societaria mercantil, y presentan la característica común con las Cooperativas de Servicio Público, de que su capital es en parte público y en parte privado, aspecto común, éste, que permite aplicarlo a la Sociedad Cooperativa. Este precepto determina lo siguiente:

“Artículo 43. La empresa mixta de colaboración público-privada.

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."

El art. 43 LAULA se refiere a la necesidad de seleccionar a quienes vayan a ser socios, de la cooperativa en nuestro caso, mediante un procedimiento de pública concurrencia competitiva en igualdad de condiciones.

Este requisito ya estaba previsto en el art. 104 TRRL, donde puede leerse:

"Art. 104.

1. 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.
2. En el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo.

En todo caso, deberá determinarse **si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas** respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria (...)"

De la conjunción de estos dos artículos se infiere que son los procedimientos de selección de los socios **(aportaciones obligatorias constitutivas) de la cooperativa participada por una Entidad Pública local:**

- a) La suscripción pública, no de acciones, sino de participaciones en el capital social. En este caso, la posibilidad de suscripción estará condicionada a reunir las condiciones objetivas para poder ser socio de la cooperativa. De preferirse este medio de selección de socios, la publicación del acuerdo del Pleno que autorice la constitución de la sociedad cooperativa puede simultáneamente incluir la convocatoria de pública suscripción de participaciones.
- 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 a la Entidad local en la dirección, etc.).

El talante intrínsecamente personalista de las sociedades cooperativas se aviene mejor, pensamos, a la fórmula del concurso de iniciativas, pues permite que la adjudicación tenga en cuenta la participación privada en la actividad de la cooperativa y el dato de tener en común intereses o necesidades socioeconómicas, etc.

Cualquiera de estos dos procedimientos bastaría para la selección de socios, pero hay que tener en cuenta que si para la realización del objeto social de la cooperativa fuera necesario otorgarle algún título jurídico habilitante que exija un procedimiento específico de licitación, habría posteriormente que tramitar otro procedimiento administrativo para la asignación del mismo, en régimen de libre competencia.

5.- Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la empresa pública local (art. 38 y 47.2 LAULA).

6.- La realización de aportaciones al capital social de la cooperativa se explica en un apartado propio, más adelante.

7.- Finalmente, hay que recordar que las participaciones de la Entidad Local en la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos deberán reflejarse en el Inventario General Consolidado de los Bienes y Derechos de la Entidad Local, siguiendo lo preceptuado en el art. 59.2 Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante, LBELA), que dice:

“Todo acto administrativo de adquisición, enajenación, gravamen o que tenga cualquier tipo de repercusión sobre la situación física y jurídica de los bienes se anotará en el inventario.”

5.- Si la Junta de Andalucía o alguno de sus organismos públicos quiere *promover y constituir una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos ¿qué requisitos administrativos deben observarse?*

RESPUESTA: Además de los requisitos propios de la LSCA y de su Reglamento, existen requisitos administrativos sobre el procedimiento y el órgano administrativo competente recogidos en la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

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 ya indicados. Pero además, si quien la promueve es la **Junta de Andalucía** la que pretende tomar parte en la misma, es imprescindible que sean observados los requisitos de orden jurídico-administrativo, que condicionan la validez de sus decisiones.

Al igual que en el punto anterior, se trata de exigencias relativas al procedimiento administrativo que ha de seguirse por la misma, así como la determinación del órgano administrativo competente para tomar las necesarias decisiones.

El art. 101 del RSCA trata de los requisitos administrativos para que la Junta de Andalucía o sus organismos públicos promuevan y creen sociedades cooperativas de servicios públicos mediante una remisión expresa al art. 12 de la LAJA. Este artículo dispone que:

“Corresponde al **Consejo de Gobierno** (...) autorizar la creación de sociedades mercantiles en los términos previstos en el artículo 76 de la presente Ley, para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas”.

A su vez, el art. 76 LAJA establece lo siguiente:

1. Corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de sociedades mercantiles del sector público andaluz, en los términos y condiciones previstos en la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. El acuerdo del Consejo de Gobierno de autorización para la creación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz constituye un acto administrativo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y que deberá especificar como contenido mínimo obligatorio:

- a) Denominación.
- b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto social.
- d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.
- e) Participación de la Administración en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.
- f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.
- g) Consejería o agencia de adscripción.

Asimismo, el acuerdo debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias"

El acuerdo de autorización ha de ser publicado en el BOJA, publicación que podría incluir, según nuestra opinión, la convocatoria pública a la participación de privada en la Sociedad Cooperativa. A diferencia de lo que se ha visto en el ámbito local, **la LAJA no contempla cuál haya de ser el procedimiento para la conseguir la participación privada en estas o en otras sociedades, pero la lógica jurídica permite, por analogía con lo previsto en el régimen local, afirmar que puede hacerse mediante procedimiento de pública concurrencia no discriminatoria.**

Aunque la norma jurídica no lo exige, esta modalidad de selección presenta interesantes ventajas procedimentales explicadas más adelante.

6.- ¿Puede una *Entidad pública* incorporarse como socio en una *Sociedad cooperativa andaluza*?

RESPUESTA: Sí, aunque según la modalidad de cooperativa, varía la condición de socio.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Partiendo del art. 13.1 LSCA, puede afirmarse que los Ayuntamientos, persona jurídica de naturaleza pública, pueden ser personas socias de una sociedad cooperativa andaluza.

Pero llegados a este punto, habría que analizar las distintas modalidades de cooperativas: trabajo, consumo y servicios, puesto que cada una tienen un régimen jurídico propio con sus peculiaridades:

En lo que se refiere a las **cooperativas de trabajo**, el art. 84.1 LSCA alude a personas físicas, por lo que se restringe la naturaleza de los socios a personas físicas, lo que excluye al Ayuntamiento, que no podrá ser socia común. (**Concepto de socio común:**

- **Se entenderá por persona socia común aquella que realiza plenamente la actividad cooperativizada, siéndole de aplicación, íntegramente, el régimen general de derechos y obligaciones contenidos en el presente capítulo (art. 14 LSCA).**

Pero nada impide que el Ayuntamiento se incorpore a una sociedad cooperativa en calidad de **persona socia colaboradora**:

- “Si los estatutos sociales lo prevén, podrán formar parte de las sociedades cooperativas como personas socias colaboradoras aquellas personas susceptibles de ser socias conforme al artículo 13.1 que, sin realizar la actividad cooperativizada principal, contribuyan a la consecución del objeto social de la cooperativa o participen en alguna o algunas de sus accesorias” (art. 17 LSCA).

- El precepto añade que se determinará estatutariamente el régimen de admisión y baja, así como sus derechos y obligaciones, si bien advierte de que el conjunto de sus votos no podrá superar el veinte por ciento de los votos sociales.
- En cuanto a las aportaciones al capital social, la suma de las mismas no podrá superar el veinte por ciento del total de las aportaciones y deberán contabilizarse de manera independiente a las del resto de socios o socias.

En cuanto a las **sociedades cooperativas de consumo**, el art. 96 LSCA no establece especialidad subjetiva ninguna, por lo que Entidad pública podrá ser **socio común**. Y también podrá integrarse en la cooperativa en calidad de **socio colaborador**.

En lo que respecta a las **cooperativas de servicios**, el art. 101 LSCA permite que un Ayuntamiento puede ser **socio común** siempre que sea titular de alguno de los derechos enunciados en su apartado 1: “ **titulares de derechos que lleven aparejado el uso o disfrute de explotaciones industriales, de servicios, y a profesionales que ejerzan su actividad por cuenta propia y tengan por objeto la prestación de servicios y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios y socias**”.

En otro caso, deberá ser persona **socia colaboradora**, igual que en el supuesto de una cooperativa de trabajo.

Y también cabe la posibilidad de articular la presencia de un Ayuntamiento a través del concepto de **Persona inversora** (art. 25 LSCA). Cuando nos adentramos en el marco de las cooperativas especiales, podemos aludir a las cooperativas de integración social (**art. 100 RSCA**).

Respecto a las **cooperativas de integración social**, el art. 100.2 establece en su segundo párrafo que podrán ser socios de estas cooperativas las Administraciones y entidades públicas, quienes designarán un representante, cuya función consistirá en prestar un trabajo de asistencia técnica, profesional y social a la cooperativa, y asistirá a las reuniones de los órganos sociales de los que la entidad pública sea parte, ejerciendo el resto de derechos inherentes a la condición de persona socia, en nombre de la entidad a la que representa.

En función de las actividades que realice este tipo de cooperativa, podrá adoptar la forma de cooperativa especial de consumo o cooperativa especial de trabajo (art. 100.3 RSCA).

Si la incorporación del ente público como socio en la cooperativa implica su transformación en una cooperativa de Servicios públicos, la consecuencia es que 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 (art. 101. 5 RSCA).

Además, se tendrá en cuenta la aplicación a las sociedades cooperativas de servicios públicos del régimen legal y reglamentario previsto para las sociedades cooperativas mixtas (art. 106 LSCA y art. 99 reglamento) (art. 101.4 RSCA).

7.- Si una Entidad Local andaluza quiere integrarse como socio en una cooperativa previamente existente ¿qué requisitos administrativos debe observar?

RESPUESTA: Además de los requisitos propios de la LSCA y de su Reglamento, existen requisitos administrativos sobre el procedimiento y el órgano administrativo competente recogidos en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

La integración de un nuevo socio en una sociedad cooperativa preexistente ha de hacerse siguiendo las prescripciones de la LSCA y su Reglamento.

Pero si es una Entidad Local quien desea incorporarse para poder dar lugar a una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos es imprescindible que sean observados los requisitos de orden jurídico-administrativo, que condicionan la validez de las decisiones de las Entidades Públicas.

Nos referimos a las exigencias relativas al procedimiento administrativo que ha de seguirse por la misma, así como la determinación del órgano administrativo competente para tomar las necesarias decisiones.

1.- Determinación de la concreta sociedad cooperativa preexistente en la que integrarse.

La determinación de la concreta sociedad cooperativa ya existente en la que la Entidad Local pueda integrarse debe hacerse con el cuidado de no provocar discriminaciones ni alteración de las condiciones de libre competencia entre los agentes económicos del sector.

En la actualidad, difícil será que pudiera darse el supuesto de hecho contemplado por el art. 104 del viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que es una norma del año 1955, cuya aplicación exige la cautela propia de las innovaciones jurídicas producidas en nuestro ordenamiento.

Este precepto permite que la creación de empresas mixtas pueda instituirse mediante “Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo”.

Para emplear este convenio para dar lugar a una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos habría que poder especificar las circunstancias que justifiquen tener a la empresa seleccionada como “empresa única existente”, supuesto de hecho que dudosamente se satisfaría, por ejemplo, porque no existiera otra cooperativa andaluza con el objeto social deseado radicada en el término municipal.

Además, de usarse el convenio para originar la Sociedad Cooperativa, no serían aplicables los beneficios procedimentales que se derivan de la selección de socios a través de pública concurrencia competitiva no discriminatoria (que se explican más adelante).

2.- Solicitud para ser admitido como socio en la cooperativa preexistente.

No está previsto expresamente en nuestro ordenamiento jurídico cuál será el órgano administrativo Municipal o Provincial al que corresponde la competencia para formular la solicitud de admisión en una sociedad cooperativa preexistente, en calidad de socio.

Ni siquiera cabe aplicar las reglas de la analogía respecto de la regulación relativa a las sociedades mercantiles, puesto que para integrarse en ellas como socio, no es necesario una solicitud y una admisión, sino que basta con la adquisición de acciones.

Puesto que la integración de la Entidad Local, pasa necesariamente por la realización de aportaciones al capital, lógico sería que la competencia para formular la solicitud correspondiera al órgano competente para realizar las aportaciones.

Entendemos, asimismo, que si, como se ha explicado anteriormente, la promoción de una sociedad cooperativa por parte de la Entidad Local precisa de autorización previa por parte de su Pleno, la misma también sería preceptiva para una integración de la Entidad en una sociedad cooperativa preexistente, habida cuenta de la similitud de consecuencias que tendría tal decisión.

3.- Los requisitos administrativos para realizar participaciones por parte de la Entidad Local se explican en un apartado propio, más adelante.

4.- Si la sociedad cooperativa previamente existente en la que el Ente público andaluz decida incorporarse no fuera una Sociedad Cooperativa de Servicio Público la integración requeriría, la modificación (si no previa, simultánea) de los estatutos de la sociedad, a fin de garantizar la inclusión de las peculiaridades de régimen jurídico que se consideren convenientes, entre las que habrá que prever, como mínimo, las que posibiliten que la entidad pública conserve el control de las condiciones de prestación de los servicios públicos, aspecto éste exigido por el art. 101 RSCA.

5.- La adquisición de las participaciones habrá de reflejarse en el Inventario General Consolidado de los Bienes y Derechos de la Entidad Local, siguiendo lo preceptuado en **el art. 59.2 LBELA, que dice:**

“Todo acto administrativo de adquisición, enajenación, gravamen o que tenga cualquier tipo de repercusión sobre la situación física y jurídica de los bienes se anotará en el inventario.”

8.- Si la Junta de Andalucía o alguno de sus organismos públicos quiere integrarse en una cooperativa previamente existente ¿qué requisitos administrativos debe observar?

RESPUESTA: Junto con los requisitos de la LSCA y su Reglamento, la incorporación de la Junta de Andalucía a una sociedad cooperativa preexistente, debe cumplir con ciertas exigencias recogidos por la Ley 4/1986, de Patrimonio de Junta de Andalucía (LPJA)

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

La integración de la Junta de Andalucía o alguno de sus organismos públicos en una cooperativa previamente existente para su transformación en una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos habrá de tramitarse siguiendo los requisitos de orden privado, previstos en la LSCA y su Reglamento (como pueden ser solicitar la admisión como socio, la aceptación por el Consejo Rector de la sociedad cooperativa, etc.); así como los requisitos de orden jurídico-administrativos. Aquí nos ocuparemos de estos últimos.

1. La determinación de la concreta sociedad cooperativa en la que integrarse.
La determinación de la concreta sociedad cooperativa ya existente en la que la Entidad Local pueda integrarse debe hacerse con el cuidado de no provocar discriminaciones ni alteración de las condiciones de libre competencia entre los agentes económicos del sector.
2. Competencia para la formulación de la solicitud de admisión como socio en la cooperativa

No está previsto expresamente en nuestro ordenamiento jurídico cuál será el órgano administrativo de la Administración General de la Junta de Andalucía al que corresponde la competencia para formular la solicitud de admisión en una sociedad cooperativa preexistente, en calidad de socio.

Ni siquiera cabe aplicar las reglas de la analogía respecto de la regulación relativa a las sociedades mercantiles, puesto que para integrarse en ellas como socio, no es necesario una solicitud y una admisión, sino que basta con la adquisición de acciones.

Podría plantearse, pues, que la competencia pudiera corresponder al órgano administrativo que sea competente para hacer las aportaciones al capital social.

No parece que sea necesario contar con la previa autorización del Consejo de Gobierno para solicitar el ingreso de la Junta de Andalucía en una sociedad cooperativa previamente existente. **El art. 101 RSCA remite a lo contenido en art. 12 de la Ley 9/2007, para la participación de la Junta de Andalucía en una Sociedad.**

Cooperativa de Servicios Públicos, por lo que lo dispuesto en ese artículo de la Ley 9/2007 para las sociedades mercantiles ha de entenderse referido también a las Sociedades Cooperativas de Servicios Públicos.

Puesto que el precepto alude a la necesidad de contar con la autorización previa del Consejo de Gobierno para la creación de la Sociedad, la misma autorización estimamos que será imperativa cuando se trata de la integración en otra ya existente, en razón de la identidad de consecuencias jurídicas de una y otra operación.

Si la sociedad cooperativa previamente existente en la que el Ente público andaluz decida incorporarse no fuera una Sociedad Cooperativa de Servicio Público la integración requeriría, la modificación (si no previa, simultánea) de los estatutos de la sociedad, a fin de garantizar la inclusión de las peculiaridades de régimen jurídico que se consideren convenientes, entre las que habrá que prever, como mínimo, las que posibiliten que la entidad pública conserve el control de las condiciones de prestación de los servicios públicos, aspecto éste exigido por el art. 101 RSCA.

9.- ¿Cómo se articula el principio cooperativo de puertas abiertas?

RESPUESTA: Con carácter general, se puede decir que las posibilidades para ser socio de una cooperativa son:

- A) Formar parte de la Asamblea Constituyente.
- B) Entrar a formar parte en calidad de socio en una sociedad cooperativa ya constituida.
- C) Adquirir las participaciones sociales por transmisión del socio

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A) Formar parte de la Asamblea Constituyente

Respecto a la primera opción, los arts. 5 y siguientes del Reglamento regulan el procedimiento de constitución.

Con carácter general, el art. 13 LSCA dispone que "Podrá ser socia de una sociedad cooperativa toda persona física o jurídica, pública o privada, así como las sociedades civiles y las comunidades de bienes y derechos". Añade además la tipología de personas socias: socio común, socio de trabajo, socio inactivo y socio colaborador.

Respecto a la admisión y adquisición de la condición de socio, los Estatutos establecerán los requisitos objetivos (art. 18.1 LSCA).

Respecto a las **entidades públicas**, el art. 19.3 Reglamento dispone que "Las entidades públicas podrán ser socias de las cooperativas para prestar servicios o realizar actividades relacionadas con su función".

B) Admisión y adquisición de la condición de socio

El procedimiento aparece regulado en los **arts. 18 LSCA y art. 20 RSCA**. La solicitud de admisión se debe formular por escrito y presentarla ante el órgano de administración, que debe resolver en el plazo previsto legalmente (tres meses), entendiéndose el silencio como afirmativo. El acuerdo denegatorio debe obedecer a causas tasadas legalmente (causa justificada en los estatutos sociales, en una disposición normativa o imposibilidad técnica derivada de condiciones económico financieras, organizativas o tecnológicas de la entidad) y puede ser objeto de impugnación (art. 20 RSCA).

También pueden impugnar el acuerdo de aceptación o de denegación del ingreso del nuevo socio el 5% de los actuales socios (art. 20.3 RSCA).

A continuación se fija un plazo de un mes para que la persona aspirante a socia proceda al desembolso de las aportaciones al capital social (arts. 55 y 58 LSCA) y, en su caso, la cuota de ingreso exigida.

Recuérdese la limitación para las Entidades Públicas de que su participación en el capital social no puede ser superior al 49% (art. 54.3 y 108.3 LSCA).

El principio de puertas abiertas en una cooperativa supone además interpretar el silencio de los órganos que deben pronunciarse sobre la admisión o el recurso, en su caso, como afirmativo (art. 20 RSCA), así como el hecho de que las causas denegatorias estén tasadas legalmente (art. 18.4 LSCA).

En el caso de las sociedades cooperativas de trabajo, los trabajadores y trabajadoras con contrato laboral por tiempo indefinido con más de un año de antigüedad en la empresa deberán ser admitidos como socios si así lo solicitan (art. 84.3 LSCA).

En el caso concreto de las cooperativas de viviendas, la adjudicación de los pisos locales o viviendas se efectúa entre los socios. Si quedan inmuebles por adjudicar, se acudirá a un listado de personas socias expectantes.

Si tales personas no hacen uso de su derecho de adquisición preferente, se podrá acudir a un listado de personas solicitantes de viviendas de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (art. 91 y 93 R).

Por último, cuando queden aún viviendas por asignar, se podrán ofrecer a terceras personas, en un máximo de un 50% del total de viviendas y locales promovidos por la cooperativa o sección (art. 91.4 RSCA).

C) Transmisión de participaciones sociales y entrada de nuevos socios

Según tipología de cooperativas:

a) Sociedad cooperativa de trabajo

La persona socia puede transmitir sus participaciones sociales, total o parcialmente, a un tercero, que deberá reunir los requisitos objetivos de admisión del art. 18.1 LSCA. Además, en estos casos, tanto los trabajadores de la entidad como la propia sociedad cooperativa son titulares de un derecho de adquisición preferente de las participaciones (art. 89 LSCA) (art. 77 RSCA).

b) Cooperativas de consumo

Si los estatutos lo prevén, los socios que causen baja podrán transmitir sus participaciones según el procedimiento previsto para las cooperativas de servicios (art. 96.3 LSCA).

En el caso de una cooperativa de viviendas, la persona socia que pretenda transmitir inter vivos sus derechos sobre la vivienda o local de negocio, antes de haber transcurrido cinco años u otro plazo superior fijado en los estatutos, o por convenios con entidades públicas o privadas, deberá ofrecerlo:

1º a las personas socias expectantes,

2º al listado de personas solicitantes de viviendas o locales en régimen cooperativo (art. 93 RSCA),

3º a terceros, en las condiciones que establece el art. 92 RSCA Con las excepciones que determina el apartado 4 respecto a determinados familiares o pareja de hecho del socio transmitente.

c) Cooperativas de servicios

La persona socia puede transmitir su participación social a un tercero, que deberá reunir los requisitos objetivos de admisión del art. 18.1 LSCA. Además, en estos casos, la sociedad cooperativa es titular de un derecho de adquisición preferente de las participaciones (art. 102.2 b) LSCA). **El artículo 98 del Reglamento desarrolla una previsión legal que se recoge por primera vez en la Ley de 2011.**

Se desarrolla la regulación de las transmisión de las participaciones sociales a terceras personas, estableciéndose un derecho de adquisición preferente y otro de retracto, todo ello dentro de un sistema de prelación y precisando el régimen de responsabilidad respecto a las deudas sociales de las personas transmitentes, así como estableciendo la posibilidad de que la cooperativa disponga de autocartera durante un tiempo breve y sometido a importantes condicionantes.

Por último, existe la posibilidad de incorporación de nuevos socios mediante la adquisición de aportaciones rehusadas (art. 49.1.b RSCA).

10.- ¿Cuáles son los requisitos administrativos para que una *Entidad Local andaluza* realice aportaciones al capital social de una sociedad cooperativa?

RESPUESTA: Los requisitos administrativos para que las Entidades Locales andaluzas realicen aportaciones al capital de una sociedad cooperativa son de índole competencial y patrimonial y están recogidos en distintas normas jurídico-administrativas.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

1. - Según el art. 5.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA), aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, las participaciones en sociedades tienen la consideración de bienes patrimoniales.

De ahí que la realización de participaciones, cuando es dineraria, por parte de una Entidad Local en el capital social de una cooperativa se asimile a la adquisición de bienes muebles patrimoniales.

El órgano al que corresponde la competencia para esa adquisición se determina, para las Provincias y los Municipios de régimen ordinario en función de ciertas cuantías, mientras que, tratándose de Municipios de Gran Población, corresponda a la Junta de Gobierno Local.

Así se desprende de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, cuya literalidad es:

“Asimismo corresponde a los **Alcaldes y a los Presidentes** de las Entidades locales la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y **derechos sujetos a la legislación patrimonial** cuando su **valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros**, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local.

Asimismo corresponde al **Pleno** la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y **derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente**, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

3. En los **municipios de gran población** a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la **Junta de Gobierno Local**, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo. "Este mismo precepto establece que los valores que han de manejarse han de entenderse **con el IVA incluido**, en el caso de que la adquisición de participaciones estuviera sujeta y no exenta de este impuesto.

2.- El valor de la aportación de la Entidad pública local ha de fijarse, por todos los conceptos en la escritura fundacional de la cooperativa (art. 109.1 RSCL).

3- El art. 44.1 REBEL exige que "Las aportaciones dinerarias de las Entidades Locales a las sociedades (...) cooperativas (...) en las que legalmente tuvieron 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".

4.- El art. 109.2 RSCL especifica que "El capital efectivo que aporten las Corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución".

En caso de que la Entidad Local no haya promovido la sociedad cooperativa, sino que se esté integrando en una previamente existente, el requisito del desembolso entendemos que habrá de referirse al momento de la efectiva integración.

5.- En el caso de que la aportación no sea dineraria sino que se realice en bienes patrimoniales (ya sea propiedad, ya derechos reales sobre los bienes).

Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 23 LBELA y 44.2 RBELA, se exige **previa valoración de la aportación** de conformidad con la legislación mercantil, y cumplir las demás reglas previstas en la normativa de servicios de las Corporaciones Locales.

- a) El acuerdo de aportación de bienes patrimoniales se adopta por **mayoría simple** (regla general sobre la mayoría, puesto que la LBELA no dice nada, y sí dice de la aportación de concesiones demaniales)
- b) La aportación de bienes patrimoniales (propiedad o derechos) **puede integrar el capital social** (puesto que la LBELA no lo prohíbe y sí lo prohíbe, en ciertos casos, para las concesiones demaniales")

6.- La aportación puede consistir también en una concesión sobre bienes demaniales de la Entidad Local, Ciertamente, la legislación patrimonial local andaluza regula la aportación de concesiones demaniales únicamente a favor de sociedades mercantiles, pero, habida cuenta de que no hay impedimento legal alguno en que una sociedad cooperativa no pueda ser titular de una concesión demanial, entendemos que es una mera imperfección de la norma y no una prohibición de aportación de concesiones demaniales a las mismas.

En tal caso, el art. 23 LBELA preceptúa:

- a) La realización de un previo 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 art. 45 RBELA especifica que para efectuar la evaluación de la concesión demanial se tendrá en cuenta no sólo el valor material de los bienes e instalaciones objeto de la concesión demanial, sino su valor de explotación derivado de su carácter necesario para la prestación del servicio.
- b) La aprobación de aportación de la concesión demanial por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.
- c) La aportación de la concesión Implica el pago de un canon por parte de la sociedad cooperativa a la Entidad Local.

7.- También está previsto que la **concesión demanial pueda hacerse como aportación accesoria**, retribuida o no, y en tal caso, no puede integrar el capital social.

Los requisitos para realizar una aportación accesoria con una concesión demanial está sujeta a estos requisitos del art. 45 REBEL:

- 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 accesoria así como motivando su conveniencia.
- b) En cualquier momento la Entidad Local que la haya establecido o vaya a establecer la prestación accesoria podrá modificarla o transformarla por el procedimiento de modificación de los Estatutos.
- c) La prestación accesoria, en ningún caso, podrá integrar el capital social.
- d) Adicionalmente, el art. 46 RBELA establece que la modalidad de concesión demanial como aportación accesoria requiere que en el expediente se incluya 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.

8.- Finalmente, hay que recordar que las participaciones de la Entidad Local en la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos deberán reflejarse en el Inventario General Consolidado de los Bienes y Derechos de la Entidad Local, siguiendo lo preceptuado en el art. 59.2 LBELA, que dice:

“Todo acto administrativo de adquisición, enajenación, gravamen o que tenga cualquier tipo de repercusión sobre la situación física y jurídica de los bienes se anotará en el inventario.”

11.- ¿Cuáles son los requisitos administrativos para que la Junta de Andalucía o alguno de sus organismos públicos realice aportaciones al capital de una sociedad cooperativa?

RESPUESTA: Los requisitos administrativos para que la Junta de Andalucía realice aportaciones al capital de una sociedad cooperativa son de índole competencial y patrimonial y están recogidos fundamentalmente en la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Para la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado (como ocurre cuando la Junta vaya a realizar aportaciones al capital de una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos, en la que su participación no puede exceder del 49% del capital social (art. 54.3 LSCA), el art. 82 Ley 4/ 1986, de Patrimonio de la PJA (en su redacción dada por la Ley 1/11) exige dos requisitos:

- "autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía",
- "comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda",

El 82 LPJA también dispone que si la aportación al capital de la sociedad se realiza por entidades dependientes de la Comunidad Autónoma (agencias andaluzas), se aplicarán los mismos requisitos de autorización y de comunicación, si bien la autorización del gasto habrá que otorgarla el órgano que establezca Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

El art. 19 del Decreto Legislativo 1/2010 (TR de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía) y el art. 83 LPJA coinciden en establecer que las participaciones en Entidades privadas tendrán en todo caso la consideración de bienes patrimoniales.

Por tanto las aportaciones al capital de sociedades cooperativas ha de asimilarse en su tramitación a las previstas para la adquisición de un bien patrimonial, en este caso de carácter mueble

En consecuencia, para determinar la **competencia** para realizar la aportación al capital social de la sociedad cooperativa (sea ésta de nueva constitución, sea preexistente), hay que diferenciar en función de cuál sea la persona jurídico-pública que se integra en la misma como socio.

Así:

- Si quien se integra en la sociedad cooperativa es la **Junta de Andalucía**, el órgano competente para realizar la aportación es **el titular de la Consejería** entre cuyas competencias se encuentre el objeto social de la cooperativa resultante **(art. 78.2 LPJA)**
- Si quien se integra en la sociedad cooperativa es alguna de las **Agencias de la Junta de Andalucía**, según el art. 79 LPJA, la competencia para hacer la aportación es del órgano del Ente público al que corresponda su representación legal (normalmente, presidente o director), salvo que otra cosa disponga la legislación específica (que pudiera ser, por ejemplo, la correspondiente Ley de creación del Ente público).
- Si quien se integra en la sociedad cooperativa es una **persona jurídico-privada del Sector Público andaluz** (sociedades mercantiles del sector público andaluz o fundaciones del sector público andaluz), la competencia para hacer la participación se determinará conforme a lo establecido en la correspondiente ley que le sea de aplicación y sus Estatutos.

El procedimiento administrativo para realizar aportaciones a una sociedad cooperativa no tiene una regulación específica ni en la LSCA ni en su Reglamento ni tampoco en la LPJA o su Reglamento.

Con carácter general lo que contempla es el procedimiento para adquirir bienes muebles a título oneroso, reconduciéndolo a las reglas de publicidad y concurrencia propias de las adquisiciones de bienes inmuebles (art. 78 y 77 LPJA), que pueden obviarse cuando **“las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las limitaciones del mercado o la urgencia” permitan recurrir a la adquisición directa.**

Tratándose de realizar aportaciones a una concreta y determinada Cooperativa previamente seleccionada, va de suyo la innecesariedad de pública concurrencia.



En estos supuestos el mismo precepto exige una resolución motivada justificadora del empleo de la adjudicación directa, que se hará pública, y que se puede incluir en la publicidad de la decisión de

creación de la Sociedad Cooperativa.

Finalmente, tal como exige el art. 76 LPJA, deberá darse cuenta al Departamento de Hacienda de la adquisición de aportaciones, pues de las mismas ha de tomarse razón en el Inventario General de Bienes y Derechos, por considerarse bienes patrimoniales de la Junta de Andalucía (art. 83 LPJA).

12.- Para la realización de actividades de servicio público ¿necesitan las sociedades cooperativas de servicio público algún contrato con la Entidad Pública o un tipo de título jurídico específico?

RESPUESTA: Para que una Sociedad Cooperativa de Servicio Público pueda realizar actividades de servicio público no basta con la integración en la Sociedad de una Entidad Pública, sino que se requiere un específico título habilitante, que dependerá del tipo de actividad de que se trate.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

El hecho de que las sociedades cooperativas estén integradas por, al menos, una Entidad pública no significa que por ello queden exentas de tener que disponer de un título jurídico habilitante para la realización de la actividad concreta en que se

materialice su objeto. Si éste implica que el Ente público asigne a la cooperativa el derecho en exclusiva a realizar ciertas obras o servicios para el Ente público o para los usuarios, o bien asignación en exclusiva del derecho a usar o aprovechar bienes o infraestructuras públicas, por regla general, resultará jurídicamente imprescindible que la sociedad cooperativa cuente con un título jurídico específico.

Dicho título jurídico puede diferir en función del objeto social de la cooperativa, pero puede decirse, en síntesis, que la mayoría de las veces consistirá en un contrato, cuya regulación variará también dependiendo del objeto contractual.

Como muestra gráficamente la siguiente tabla:

LA ACTIVIDAD DE LA COOPERATIVA DE SERVICIOS CONSISTE EN ...	EL TÍTULO JURIDICO QUE NECESITE LA COOPERATIVA SERÁ...
Realización de servicios o suministros para la administración	Un contrato de servicios sujeto a la LCSP
La gestión de un servicio público	Un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a la LCSP.
La ocupación, aprovechamiento o utilización, exclusiva o con suficiente entidad, de un bien de dominio público.	Una concesión o una autorización demanial, sujeta a la legislación patrimonial autonómica o local
La ocupación, uso, aprovechamiento, etc., de bienes patrimoniales.	Un contrato privado, sujeto a la legislación patrimonial autonómica o local y al Derecho privado que sea de aplicación.

13.- La adjudicación del servicio público ¿puede decidirse libremente o debe someterse a licitación pública?

RESPUESTA: es necesario someterse a un procedimiento de pública concurrencia competitiva, si bien existen algunas excepciones y modulaciones interesantes.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Para informar sobre esta limitación es fundamental explicar que la integración de un Ente Público en una sociedad cooperativa no comporta, sin más, atribuir a la misma el título jurídico habilitante para desarrollar la actividad propia de esa sociedad cooperativa de servicio público, por mucho que dicha actividad sea originariamente una competencia de una Entidad pública socia de la cooperativa.

Tampoco comporta que la Entidad pública pueda otorgarle libremente o adjudicarle directamente el mencionado título habilitante.

La concesión del título jurídico habilitante, por lo general, no puede hacerse legalmente al margen del procedimiento administrativo establecido, en el que se garanticen, entre otros, los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación de los participantes o licitadores.

Dicho con otras palabras, el hecho de que una entidad pública se integre en la sociedad cooperativa (promoviéndola o asociándose a una preexistente), por sí solo, no satisface la necesidad jurídica de someterse a licitación pública para otorgar el título jurídico habilitante de la actividad de servicio público.

Con todo, pueden identificarse excepciones a la regla general de procedimiento de concurrencia competitiva. Si el título habilitante se sujetara a la **legislación patrimonial**, las excepciones a la necesidad sujetarse a un procedimiento de pública concurrencia competitiva serían:

- Los contratos sobre bienes del patrimonio público autonómico o local en los que se admita, residualmente, la adjudicación directa.
- Los contratos sobre bienes no integrantes del patrimonio público autonómico o local, por ser su titularidad de sociedades o fundaciones del sector público andaluz.

Por otro lado, si el título habilitante que desea otorgarse fuera un contrato sujeto a los arts. 43 y 49 de la Constitución Europea o a la LCSP, están exentos de licitación en régimen de pública concurrencia:

- a) Los casos en que título habilitante fuera un contrato que pudiera calificarse como contrato menor según el art. 138 LCSP (en relación con el art. 111), aunque seguramente este supuesto no tenga gran relevancia práctica.

- b) Los casos en que pudiera emplearse un procedimiento negociado sin publicidad, en los que la negociación del objeto del contrato se restringe a tres ofertantes elegidos por la Entidad pública.
- c) Los casos en que la sociedad cooperativa sea “medio propio o servicio técnico” de la Junta de Andalucía, del Municipio, de la Provincia o de sus respectivos organismos públicos.
- d) Los casos en que, según la jurisprudencia europea, es lícito adjudicar un contrato directamente a una sociedad de economía mixta, como es una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos.

14.- Las sociedades cooperativas de servicio público ¿son “medio propio o servicio técnico” del Ente público?

RESPUESTA: Por regla general, las cooperativas de servicio público no podrán ser consideradas como “medio propio o servicio técnico”-

La excepción a esta regla se daría solo en las sociedades cooperativas integradas exclusivamente por socios que sean personas jurídico-públicas.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

La noción de “medio propio o servicio técnico” es específica del mundo de los contratos regidos por la legislación de contratación pública y su interés estriba en que la LCSP permite que, sin necesidad de una licitación previa, los Poderes Adjudicadores (concepto definido en el art 3.3 LCSP) realicen encomiendas de gestión a las entidades que sean su “medio propio o servicio técnico”.

El art. 24 LCSP define los requisitos para que un ente sea considerado, a efectos de licitaciones públicas contractuales, medio propio.

Esta definición estatal de lo que sea medio propio tiene carácter básico, según se especifica en la Disposición Final Segunda de la propia LCSP, por lo que el legislador autonómico andaluz no puede válidamente alterar ninguno de los requisitos o condiciones establecidos en el **referido art. 24. 6.**

A saber:

“Art. 24 A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. **Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.**”

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este **apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos**, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Además determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

En virtud del artículo transcrito, únicamente las Sociedades Cooperativas cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública, esto es, sociedades cooperativas integradas exclusivamente por personas jurídicas que sean “entes públicos” a efectos del art. 101 RSCL, pueden legalmente recibir el trato de “medio propio”.

Recordemos que la LSCA no admite que un único Ente público sea el titular del 100% de las participaciones en el capital, pues establece que como máximo un Ente público puede tener el 49% de las mismas (art. 54.3 y 108.3 LSCA).

Sin embargo, sí es conforme a la Ley que todos los socios de una cooperativa sean Entes Públicos, único caso en el que el capital de la sociedad cooperativa sería completamente de titularidad pública.

Es importante destacar que en el texto del borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público, fechado el 17 de abril de 2015, actualmente en tramitación, se mantiene la exigencia de capital íntegramente público para que una persona jurídico-privada pueda ser medio propio de un Poder Adjudicador.

A diferencia de lo anterior, si esos mismos encargos o encomiendas se realizan por Poderes Adjudicadores a Entes que no sean “medios propios” (como sería una Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos con socios privados además de con socios públicos), en la medida en que su objeto esté incluido en el ámbito de aplicación de la LCSP, solo tienen validez si son el resultado de un procedimiento de licitación pública, de los regulados en la LCSP, ya que no se benefician de la exclusión del art.4 de la LCSP arriba reproducido.

El concepto de “medio propio o servicio técnico” no existe en el ámbito de los contratos sujetos a la legislación patrimonial, pues la asignación de bienes o derechos a los organismos públicos dependientes con personalidad jurídica propia está regulada a través de la figura de la “adscripción” de bienes (que tampoco necesita procedimiento público ni licitación, según el art. 32 LPJA).

Esta figura de la “adscripción”, **sin embargo, no procede utilizarla** para las personas jurídico-privadas, como sería una **Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos; la figura jurídica semejante sería una aportación no dineraria del bien o del derecho a su uso.**

15.- ¿Con qué condiciones es lícito adjudicar directamente a la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos la gestión del servicio?

RESPUESTA: jurisprudencialmente se admite esa adjudicación directa cuando la búsqueda de socios privados se ha sometido a un procedimiento de pública concurrencia competitiva no discriminatoria.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Como se ha visto en el apartado anterior, si la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos no tiene capital íntegramente público, no puede ser "medio propio o servicio técnico" de una Entidad Pública (Poder Adjudicador).

El hecho de que parte del capital, aunque sea minoritario, esté en manos privadas, excluye la noción de "medio propio", y con ella, la posibilidad de que le sea adjudicada directamente la gestión del servicio a la Cooperativa, porque ello sería tanto como otorgaría a los socios privados de la Cooperativa una ventaja competitiva contraria a la libre competencia y a la no discriminación.

Esta premisa implica que para que una empresa de economía mixta pudiera gestionar servicios públicos tendría que salvar un doble procedimiento de selección: uno para la localización de socios con los que dar lugar a la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos y otro para la adjudicación de la gestión del mismo. Es evidente el obstáculo de toda índole que ese doble procedimiento supondría para la viabilidad real de la opción política de la **Entidad Pública de recurrir a una empresa de economía mixta.**

Este problema fue abordado en la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009**, donde se admitió que la adjudicación directa a la empresa de economía mixta (como es una Cooperativa de Servicios Públicos) **es válida siempre y cuando la selección del socio se haga mediante licitación con pública concurrencia y en condiciones de no discriminación e igualdad de trato, verificando no sólo la capacidad de aportar el capital sino también la capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de todo orden de su oferta.**

Con estas condiciones, por tanto, sólo habría que tramitar un único procedimiento de licitación: **el de la selección de socios.**

16.- Si una licitación para seleccionar socios en los términos de la pregunta anterior quedara desierta por falta de licitadores o las ofertas no fueran aceptables ¿qué solución jurídica habría?

RESPUESTA: En tal caso, la LCSP exige un ulterior procedimiento de licitación en la modalidad de procedimiento negociado.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Puede ocurrir que, publicada la convocatoria de una licitación, no se presente ninguna oferta, o también que las ofertas presentadas no sean aceptables, provocando, de una manera u otra, la imposibilidad de adjudicar el contrato.

La solución que diseña la Ley de Contratos del Sector Público es tramitar una segunda de licitación a través del procedimiento negociado, tal como dispone el art. 170 LCSP:

“En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

b) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.

Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de la Unión Europea, si ésta así lo solicita (...)."

Es pertinente recordar que la LCSP define el procedimiento negociado como aquél en el que "la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos".

Tratándose de un procedimiento negociado con publicidad (o sea, previa publicación de convocatoria), que es la regla general, la negociación tendrá lugar con los empresarios que respondan a ella; mientras que en los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad (únicamente admisibles de acuerdo con el art. 177 LCSP) la negociación se restringirá a las tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato a las que, como mínimo y siempre que sea posible, se les solicite oferta (art. 178 LCSP).

Nótese que la solución legal no pasa por una adjudicación directa o libre por parte del órgano contratante, sino por un procedimiento de adjudicación diferente al abierto o restringido (que son los ordinarios), caracterizado por la negociación del objeto contractual partiendo de las ofertas de, al menos, tres licitadores capacitados para su ejecución. Estas disposiciones de la Ley de Contratos son aplicables directamente a los contratos que estén bajo su ámbito de aplicación.

La adjudicación de los contratos relativos al uso de bienes demaniales se regirán por lo previsto en su legislación específica, y en su defecto por la Ley de Contratos del Sector Público (art.); mientras que los contratos relativos al uso de los bienes patrimoniales se rigen por la legislación patrimonial (**Ley 33/2003, LPJA, LBELA y sus disposiciones de desarrollo reglamentario**) y en su defecto por la **Ley de Contratos del Sector público**.

17.- ¿Puede otorgarse mediante convenio el servicio público objeto de la sociedad cooperativa de servicio público?

RESPUESTA: Un convenio entre el Ente Público y la sociedad cooperativa de servicio público no es una forma (alternativa al contrato) de otorgarle a esta última el título jurídico habilitante para realizar la actividad de servicio público.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En la medida en que el objeto del convenio coincidiera con el objeto previsto en la LCSP como propio de un contrato de servicios o un contrato de gestión de servicios públicos, no sería válido recurrir a un convenio en lugar de a una licitación pública, tal y como dispone expresamente el art. 4.d LCSP. Igual respuesta sirve, en nuestra opinión, para los casos de contrato privado sobre bien patrimonial o para concesión o autorización **demanial, salvedad hecha de los supuestos legalmente admisibles de adjudicación directa.**

En otras palabras, si bien el art. 110 LSCA permite que las sociedades cooperativas de cualquier clase puedan formalizar convenios con una Entidad pública para el mejor cumplimiento de su objeto social, ese convenio no podrá tener por **objeto la adjudicación del título habilitante para realizar la actividad de servicio público, en los términos ya explicados.**

18.- ¿Se ajustaría a Derecho vigente que se realizaran licitaciones públicas a las que sólo pudieran presentarse sociedades cooperativas?

RESPUESTA: la regulación vigente impone una contestación negativa.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

El art. 129 de la Constitución Española de 1978 dice que "los poderes públicos (...) fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas", lo que nos lleva a plantear la cuestión de si, en materia de contratación pública, se ha previsto alguna fórmula de discriminación positiva a favor de las sociedades cooperativas.

Del mismo modo, el art. 163 del Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) disponen que:

- “Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma fomentarán las sociedades cooperativas y otras formas jurídicas de economía social, mediante la legislación adecuada” (Recuérdese que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas en fomento, ordenación y organización de cooperativas y de entidades de economía social (art. 58.1.4º). Además, el art. 172.2 del Estatuto de Autonomía determina que “Serán objeto de atención preferente, en las políticas públicas, las cooperativas y demás entidades de economía social”.

No obstante, un correcto enfoque de esta cuestión ha de partir, en nuestra opinión, del art. 1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector **Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, en adelante, LCSP)** que recoge como principios generales del Derecho de la contratación pública los de **“libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”**.

De conformidad con los mismos, la LCSP no permite, como regla general, establecer discriminaciones positivas en cuanto a qué sujetos puede admitirse a participar en una licitación y contratar con **un Ente del Sector Público, en el sentido de reservar licitaciones a ciertos sujetos, con exclusión de otros**.

De hecho la capacidad para contratar se determina en la LSCP diciendo:

“1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras,

que tengan plena **capacidad de obrar,**
no estén incursas en una prohibición de contratar,
y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional
o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren
debidamente clasificadas”.

Ningún otro requisito puede añadirse, de acuerdo con la legislación actualmente vigente, para condicionar la posibilidad de celebrar contratos públicos sin que se vulneren los principios generales antes expuestos, en especial el de libertad de acceso a las licitaciones y el de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

En apoyo de esta opinión es pertinente traer a colación la **Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2015**, por la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid al constatar que vulneraban los principios recogidos en **el art. 1 del Texto Retundido de Ley de Contratos (principios de igualdad de trato y no discriminación de licitadores)**.

Este precepto madrileño pretendía que cuando la gestión de los centros de atención primaria se realizara por cualquiera de las formas de gestión previstas en la **LCSP, se pudiera ofrecer la gestión** "preferentemente" a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la intención de conseguir su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público autonómico.

Si resulta inconstitucional establecer una preferencia hacia un modelo de sociedad, cuánto más lo sería, en nuestra opinión, una convocatoria que impidiera presentarse a empresarios que no tuvieran la forma jurídica de cooperativa.

19.- ¿Se ajustaría a Derecho vigente que se realizaran licitaciones públicas en las que las ofertas presentadas por sociedades cooperativas tuvieran alguna preferencia (con criterios de adjudicación, de desempate, o de ejecución del contrato)?

RESPUESTA: la regulación vigente impone una contestación negativa, si bien el art. 116.2 LSCA admite una discriminación positiva en forma de desempate, que nos resulta de dudosa admisibilidad.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

Es cierto, sin embargo, que la vigente LCSP admite, de acuerdo con las Directivas comunitarias, que se recurra a cláusulas sociales 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 Cuarta).

Los términos en que se prevén estas posibilidades no permiten afirmar la legalidad de condiciones o criterios que puedan recogerse en los pliegos referidos a que el contratante sea una sociedad cooperativa. Cosa distinta es que las referidas normas sobre cláusulas sociales puedan ser aplicables tanto si el licitador es una sociedad cooperativa como si su forma jurídica es cualquier otra, en la medida en que las posibilidades de contratar a personas discapacitadas, en situación o riesgo de exclusión social, de promover la igualdad entre hombre y mujer, etc, no depende de la forma jurídica del licitante.

“Artículo 118. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental...

.. o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades,

- "conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f).

Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)."

“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.

1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización.

También, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

- “Disposición adicional cuarta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.

1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

3. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

5. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación."

Como se observa, ninguna de las anteriores previsiones de la LCSP contempla las medidas de discriminación positiva en función exclusivamente de la tipología del ente licitador. Es importante destacar que los tres preceptos tienen carácter básico (según la Disposición final segunda de la propia Ley), lo que implica que han de ser respetados por el legislador andaluz en el ejercicio de sus competencias estatutarias sobre **contratos, como refleja muy bien el art. 47.2 LO 2/2007, al especificar que las competencias andaluzas sobre "contratos y concesiones administrativas" son competencias compartidas.**

Sin embargo la LSCA prevé expresamente que **"Las sociedades cooperativas gozarán de preferencia, en caso de empate, en la adjudicación de contratos de las administraciones públicas andaluzas" (art. 116.2).**

Este precepto está en vigor y por tanto plenamente aplicable, si bien no ha destacarse que:

- si la contratación a que se refiere queda sujeta a las Directivas de contratación pública de la UE, resulta fundada una sospecha de vulneración de las mismas, dadas las exigencias de no discriminación y trato igualitario que recogen.

- Y si la contratación a que se refiere queda al margen de las Directivas, pero dentro del ámbito de regulación propiamente española recogido en la LCSP, igualmente hay que alertar sobre las dudas de constitucionalidad que surgen. Estas dudas se fundamentan en los principios generales de libre concurrencia y no discriminación que la LCSP hace suyos, con carácter básico, tal y como ha se han interpretado por la jurisprudencia **constitucional (citada en la pregunta anterior); así como en la falta de título competencial propio del legislador andaluz para redactar el art. 116.2, ya que toda la LSCA se fundamenta en el art. 58.1.4 de la LO 2/2007, en donde los aspectos que específicamente se refieren a la regulación y fomento del cooperativismo cuestionablemente amparan el contenido del art. 116.2 LCSPA.**

Lo que dice el Estatuto de Autonomía es que

“Art. 58.1.4 (...) La regulación y el fomento del cooperativismo que incluye:

- a) La regulación del asociacionismo cooperativo.
- b) La enseñanza y la formación cooperativas.
- c) La fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo.”

Adicionalmente, debe apuntarse que la LCSPA ni hace alusión alguna a que con el art.

116.2 se estén dictando normas de desarrollo de la legislación básica en materia de contratación pública, en ejercicio del título competencial del art. **47.2 o del 174 LO 2/2007, cuyos tenores literales tampoco parecen darle cobijo, ya que dicen:**

“Artículo 47.2. Son competencias compartidas de la Comunidad Autónoma:

(...) 3.ª Los contratos y concesiones administrativas.”

“Artículo 174 Contratación y subvención pública



Las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, y en el ámbito de la contratación y de la subvención pública, adoptarán medidas relativas a:

- a) La seguridad y salud laboral.
- b) La estabilidad en el empleo.
- c) La igualdad de oportunidades de las mujeres.
- d) La inserción laboral de los colectivos más desfavorecidos.
- e) El cuidado de los aspectos medioambientales en los procesos de producción o transformación de bienes y servicios.”

Con todo, el art. 116.2 LSCA está vigente y no ha sido formalmente expulsado del ordenamiento jurídico. Quien pudiera querer hacer valer las dudas de inconstitucionalidad o de respeto a la legislación europea señaladas, habría de ejercer las correspondientes acciones judiciales frente a los procesos de licitación que lo apliquen.

20.- ¿Cómo se reserva la Entidad pública el control sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos?

RESPUESTA: La Entidad Pública cuenta con una doble vía: una desde el punto de vista del funcionamiento de la cooperativa, las que permiten el voto ponderado y la reserva orgánica; y otra, las condiciones establecidas en el pliego del contrato, o en la autorización o concesión demaniales.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

El propio art. 101 RSCA establece que las entidades públicas promotoras de las cooperativas de servicios públicos conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos. En lo que se refiere al voto ponderado y a la reserva orgánica, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- Son órganos preceptivos de las sociedades cooperativas para su dirección y administración la **Asamblea General** y el **Órgano de Administración** (art. 26 LSCA).

- La **Asamblea General** está constituida por todos los socios y socias de la cooperativa y es el órgano supremo de expresión de la voluntad social (art. 27 LSCA).

En las sociedades cooperativas de primer grado, cada persona socia común tendrá derecho a un voto, con la excepción de lo previsto en el art. 102.1 para las sociedades cooperativas de servicios, donde se admite el voto plural, y las sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado (art. 31.1 LSCA).

El conjunto de los votos de las personas socias inactivas y colaboradoras, así como de las personas inversoras, no podrá exceder del 49% del total de los votos sociales (art. 31.3 LSCA).

En la Asamblea General cada socio podrá hacerse representar por otro, no pudiendo un socio representar a más de dos (art. 32 LSCA) (art. 30.8 b y 32 RSCA).

Respecto a la adopción de acuerdos, éstos se adoptarán por mayoría simple de los votos válidamente emitidos, salvo que legal o estatutariamente se establezca una mayoría cualificada (art. 33 LSCA).

Además, el socio que asistiendo a la Asamblea General haya hecho constar en acta su oposición a su celebración o su voto en contra del acuerdo adoptado, el socio ausente y el que haya sido privado ilegítimamente del derecho al voto podrán impugnar los acuerdos sociales (art. 35 LSCA). Si el acuerdo es nulo y no anulable, también estarán legitimados los socios que hayan votado a favor y los que se hayan abstenido (art. 35.3 LSCA).

En lo que se refiere al **voto plural**, en las sociedades cooperativas de servicios estatutariamente se podrá regular un voto plural proporcional a la totalidad de la actividad cooperativizada. Cada persona socia dispondrá de al menos un voto y como máximo siete (art. 102.1 a y b LSCA). El voto plural nunca se establecerá tomando en consideración el capital aportado (art. 102.1 c LSCA)

El art. 97 RSCA regula un procedimiento proporcional y equitativo del reparto de votos entre las personas socias.

En las sociedades cooperativas de servicios con un número de personas socias igual o inferior a 25, el 10% o menos de estas no podrá disponer de más del 25% de los votos sociales (art. 97.1 d).

Además, se contempla también la posibilidad del voto plural en el caso de sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado, en las que los estatutos podrán establecer este sistema en función del grado de participación de cada socio en la actividad cooperativizada, o del número de socios de cada persona jurídica integrada en la estructura asociativa.

En ningún caso una persona socia podrá disponer de más del 50% de los votos sociales, o más del 75% en el caso de que estén formadas por dos sociedades cooperativas (art. 31.2 LSCA).

El órgano de administración de las sociedades cooperativas es el **Consejo Rector**. El Consejo Rector gobierna, gestiona y representa a la sociedad cooperativa (art. 37 LSCA). Si el número de socios comunes de la cooperativa es igual o inferior a 10, los estatutos podrán prever una Administración Única o solidaria (**art. 36 LSCA**) (**art. 42 LSCA**).

Los miembros del Consejo Rector serán elegidos por la Asamblea General de entre sus miembros, en votación secreta y por mayoría simple (**art. 38.2 LSCA y art. 35 RSCA**). Cabe la posibilidad de designar a una persona jurídica como consejera, en cuyo caso habrá que determinar la persona física que la representa permanentemente (**art. 35.1. RSCA**).

Las personas socias colaboradoras podrán tener un representante en el Consejo Rector con voz y **voto (art. 34.3 RSCA)**.

Respecto a los socios de trabajo, en las cooperativas en las que estos alcancen un 25% de la totalidad de las personas socias, o un mínimo del 50%, los estatutos sociales deberán regular el procedimiento para otorgarles representación en el Consejo Rector. En todo caso, este colectivo tiene derecho a elegir al menos un consejero (art. 35.4 RSCA).

También prevé el Reglamento que un miembro del comité de empresa forme parte del consejo Rector (art. 35.5 RSCA).

Las personas inversoras también podrán elegir un representante en el Consejo Rector, con voz pero sin voto, en la medida en que se determine en los estatutos. Si participan en las ganancias y en las pérdidas, también se les atribuye voto (art. 35.6 RSCA).

Se admite la posibilidad de contar con administradores externos, siempre que su número no exceda de un tercio del total de consejeros (art. 38.2 LSCA y art. 35.7 RSCA). Esto es, consejeros/as que no son socios de la cooperativa. **Tendrán voz en el consejo Rector y voto, salvo que los estatutos dispongan otra cosa. No podrán ser Presidente ni Vicepresidente del Consejo Rector.**

Y en todo caso, el consejo Rector estará integrado por personas socias de la entidad en sus dos terceras partes (art. 38.2 LSCA).

Su nombramiento se hará por el consejo Rector, y deberá ser ratificado por la Asamblea General (art. 35.7 RSCA).

En lo que se refiere a la **Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos**, es aplicable lo establecido en el art. 106 LSCA según establece el art. 101.4 RSCA, y por tanto, en los órganos sociales de estas entidades, deberá existir representación de cada una de las actividades cooperativizadas que se desarrollen (en caso de cooperativas mixtas) y podrá reservarse estatutariamente que la Presidencia y Vicepresidencia la ocupen socios que desarrollen una determinada actividad o, en el tema que nos ocupa, representantes del ente público.

Finalmente, no hay que olvidar que la Sociedad Cooperativa de Servicios Públicos, como empresa de economía mixta que es, realiza la actividad de servicio en calidad de contratista del Ente Público, por lo que éste, como sujeto contratante, 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.

21.-¿Puede una cooperativa de servicios públicos recibir una cesión gratuita de bienes públicos?

RESPUESTA: Cuando se trate de bienes patrimoniales de la Junta de Andalucía cabría una cesión gratuita de bienes a condición de la cooperativa tenga carácter social; pero cuando se trate de bienes patrimoniales de una Entidad Local andaluza, sólo cabe si la cooperativa ha sido declarada entidad de interés público.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Al referirse a cesión, las normas que a continuación se mencionan aluden a cesión de uso, sin transmisión de la titularidad. La donación a terceros de bienes patrimoniales de la Junta de Andalucía A está expresamente prohibida. El art.235 del Decreto 276/1987 prescribe que " Queda prohibida toda donación de bienes, salvo lo previsto para compromisos o subvenciones de auxilio en la legislación especial (art. 107 L. P.)".

Por otro lado, los bienes de dominio público son, por mandato constitucional (art. CE) inalienables. Las autorizaciones o concesiones demaniales que se otorguen sobre los mismos aunque normalmente no son gratuitas, legalmente está prevista que puedan serlo.

Volviendo a los bienes patrimoniales, si es la Junta de Andalucía, hay que tener en cuenta el art. 234 del Decreto 276/1987, según el cual:

Art. 234. Los bienes de dominio privado cuya afectación o explotación no se considere necesaria, podrán ser cedidos gratuitamente por el Consejo de Gobierno a Entidades públicas de todo orden o privadas de carácter benéfico o social, para cumplimiento de sus fines. Dicha cesión especificará las condiciones y el tiempo de su duración. Será competente para acordar la cesión el Consejo de Gobierno, salvo que el valor del bien exceda de doscientos cincuenta millones de pesetas, en cuyo caso será precisa autorización por Ley.

Si fuera una Entidad Local la persona jurídico- pública que desea ceder gratuitamente un bien a una sociedad cooperativa, resulta de aplicación lo previsto por los arts. 26 y 27 de la Ley 7/1999, que dicen:

“Artículo 26 Cesión gratuita de bienes. 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.

Artículo 27 Destino de los bienes cedidos

1. Si los bienes inmuebles cedidos no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la Entidad Local con todas las mejoras realizadas, la cual tendrá derecho a percibir del beneficiario, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos sufridos por los citados bienes.

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta siguientes.

3. En el acuerdo de cesión gratuita **deberá constar expresamente la reversión automática** a la que se refiere el apartado primero. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente acta notarial que constate el hecho. El acta deberá notificarse al interesado con requerimiento de entrega del bien.

4. La cesión se formalizará en escritura pública o documento administrativo, la cual **se inscribirá en el Registro de la Propiedad**, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable.

5. Toda cesión gratuita efectuada habrá de **notificarse a la Consejería de Gobernación y Justicia con remisión del expediente instruido a tal fin.**"

Adicionalmente, ha de recordarse que el art. 52 de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía establece que,

"2. Las entidades locales de Andalucía podrán disponer de sus bienes y derechos de carácter patrimonial mediante subasta pública, concurso o adjudicación directa, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, **sin necesidad de autorización previa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que sea su importe.**

3. No podrán imponerse cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos patrimoniales de las entidades locales sino con los requisitos exigidos para su enajenación.". Estos requisitos se refieren en especial al procedimiento, competencia y relación con el inventario.

22.- Cuál es el procedimiento para que la Entidad Pública salga de una sociedad cooperativa.

RESPUESTA: Como principio general, todo socio puede solicitar la baja de la sociedad cooperativa. En todo caso, se ha de distinguir entre baja voluntaria y baja obligatoria.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

A) **Baja voluntaria** (art. 23 LSCA y art. 25 RSCA)

La persona socia puede causar baja voluntariamente en la sociedad en cualquier momento.

Los estatutos fijarán el plazo de preaviso al órgano de administración que, en cualquier caso, no puede ser superior al máximo establecido legalmente (seis meses), salvo lo establecido en la normativa comunitaria de aplicación a las cooperativas agrarias, que no podrá ser superior a 10 años (art. 23.1 LSCA y art. 25.2 RSCA) y las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, que no podrá ser superior a 15 (art. 25.2 RSCA).

También estatutariamente se podrá establecer un tiempo mínimo de permanencia de la persona socia común, que no podrá ser superior a seis años (art. 23.2. LSCA). Respecto a la persona inversora, el plazo mínimo de permanencia no podrá exceder de siete años (art. 25.2 LSACA). El incumplimiento por parte de la persona socia obligará a indemnizar daños y perjuicios (art. 23 LSCA y art. 25.3 RSCA).

La baja voluntaria puede tener el carácter de justificada en los casos establecidos legalmente (art. 23.3 LSCA). La calificación de la baja como justificada o no justificada debe realizarse en un plazo máximo de tres meses con silencio favorable al carácter de justificada (art. 25.5 RSCA).

Producida la baja, la persona socia tiene derecho al reembolso de las aportaciones sociales (regulado en el art. 60 LSCA, art. 48 R). El órgano de administración puede aplazar el reembolso de las aportaciones en el plazo de tiempo que determinen los estatutos y siempre con el límite máximo de cinco años en caso de exclusión y baja no justificada, tres años en caso de baja justificada y un año, en principio, en caso de baja por defunción (art. 60.4 LSCA y art. 48.1 y 2 d RSCA).

El socio que cause baja justificada podrá adquirir la condición de inversor transformando su aportación obligatoria en voluntaria en lo que exceda, en su caso, de la aportación inicial al capital social estatutariamente establecido para las personas inversoras (art. 25.1 LSCA).

El art. 87.5 del Reglamento establece causas de baja justificada para el socio de una cooperativa de viviendas. En caso de baja no justificada, si los estatutos lo prevén, podrá aplicarse a las cantidades entregadas por el socio para financiar el pago de las construcciones, las deducciones a que se refiere el art. 60.4 LSCA y el art. 48.2.b del Reglamento, hasta el máximo del 20% de los porcentajes (art. 87.6 RSCA).

B) **Baja obligatoria** (art. 24 LSCA, art. 26 RSCA)

Tiene lugar cuando la persona deja de tener los requisitos necesarios para ser socia. Con carácter general, la baja obligatoria tendrá el carácter de justificada. La baja obligatoria no justificada autoriza al órgano de administración a exigir una indemnización de daños y perjuicios (art. 24.1 LSCA).

Rehúse de las aportaciones sociales: el rehúse es una institución cooperativa, relativamente moderna, con arreglo a la cual, en caso de baja de un socio, el órgano de administración puede decidir no devolverle su aportación hasta que la entidad se liquide. Con la finalidad de que, desde un punto de vista contable, el capital social sea considerado patrimonio neto (arts. 60.1 LSCA y 49 RSCA).

23.- ¿Qué novedades pueden interesar a las sociedades cooperativas de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se está tramitando para su trasposición?

RESPUESTA: La Directiva 2014/24/UE da la opción a los Estados miembros de que su legislación permita que se reserve la participación en las licitaciones de determinados servicios tasados de contenido social, cultural y de salud a organizaciones que presenten características que propias de las sociedades cooperativas. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley de Contratos no acoge esta posibilidad.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En el momento de redactarse este informe se está tramitando la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, a través de un Anteproyecto de Ley que vendrá a derogar y a sustituir la vigente LCSP.

A diferencia de sus predecesoras, la Directiva 2014/24/UE trasluce cierta sensibilidad por el fenómeno cooperativo cuando aborda la contratación de ciertos servicios. Así en su Considerando núm. 118 puede leerse que:

“Para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva *debe permitir* que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales.

El ámbito de la presente disposición debe limitarse exclusivamente a determinados servicios sanitarios y sociales y otros servicios conexos, determinados servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares, y no pretende que queden sujetas a ella ninguna de las demás exclusiones previstas en la presente Directiva.

Dichos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen simplificado”

Y en consonancia con ese considerando, los arts. 74 a 77 de la Directiva regulan especificaciones para adjudicar determinados servicios, aludiendo, entre otros aspectos, a la publicidad o a los principios de adjudicación.

Destaca de esta regulación de la Directiva lo previsto en su art. 77, en términos de opción (que no de mandato imperativo) para los Estados Miembros:

“Contratos reservados para determinados servicios

1. Los Estados miembros *podrán disponer* que los poderes adjudicadores *estén facultados* para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8. L 94/138 Diario Oficial de la Unión Europea 28.3.2014 ES.

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;

b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;

c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas,

y d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo.

5. No obstante lo dispuesto en el artículo 92, la Comisión evaluará los efectos de la aplicación del presente artículo y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 18 de abril de 2019."

Resulta obvio que, entre las organizaciones que pueden cumplir con las condiciones del art. 77.2.a,b y c), necesariamente hay que tener presente a las sociedades cooperativas. De transponerse en España esta opción de la Directiva en sus propios términos, los Entes Públicos (poderes adjudicadores) tendrían un mecanismo, hoy por hoy inexistente en la legislación vigente, para emplear estratégicamente la contratación pública en favor de sociedades cooperativas, así como de las demás organizaciones que pudieran satisfacer los requisitos del art. 77. 2 de la Directiva.

Sin embargo, el texto del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se ha sometido a información pública recientemente, no ha considerado oportuno introducir esta novedad.

La única referencia relacionada con el art. 77 de la Directiva que se ha encontrado en el texto del Anteproyecto se halla en el anexo III del mismo y es la relativa al contenido de los anuncios previos de licitación y de los anuncios de licitación de los contratos de servicios sociales, culturales y de salud del anexo IV, en cuanto a las condiciones de participación.

La transcripción literal de las posibilidades de restricción de la licitación que pueden contenerse en los anuncios de información previa de servicios especiales del Anexo IV o en los anuncios de licitación relativos a contratos de servicios especiales del Anexo IV, es la siguiente:

“Condiciones de participación, entre ellas:

- a) cuando proceda, indicación de si el contrato público está restringido a talleres protegidos o si se prevé que sea ejecutado únicamente en el marco de programas de empleo protegido;
- b) cuando proceda, indicación de si las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas reservan la prestación del servicio a una profesión determinada; referencia a dicha disposición legal, reglamentaria o administrativa.”

Puede apreciarse sin dificultad la falta de aprecio del redactor del Anteproyecto ante el fenómeno cooperativo o similares que puedan articularse a través de las organizaciones aludidas en la Directiva, pero no cabe descartar que, bien a resultas de la información pública (que finalizó el 14 de mayo de 2015) o durante la tramitación parlamentaria del futuro proyecto de Ley, puedan introducirse modificaciones significativas sobre este particular.

