

SOCIEDADES

NUEVOS MODELOS DE GOBERNANZA PÚBLICO-PRIVADA: CONCILIACIÓN Y CONVIVENCIA DEL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO EN LAS COOPERATIVAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. DIFICULTADES DE APLICACIÓN

Laura López de la Cruz

Profesora Contratada Doctora¹
Universidad Pablo de Olavide

PLANTEAMIENTO: La entrada en vigor del Reglamento que desarrolla la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (Decreto 123/2014) hace viable una serie de instrumentos jurídicos en los que coexisten entidades de Derecho Público y de Derecho Privado destinados a dar una respuesta a las diversas necesidades de la sociedad. La cuestión es cómo articular tales instrumentos para dotarles de la máxima eficacia dentro siempre de los márgenes a veces estrechos que marca el Derecho Público².

CUESTIONES:

1. ¿Por qué una sociedad cooperativa de servicios públicos?
2. ¿Qué sujetos pueden constituir una sociedad cooperativa de servicios públicos y qué actividades pueden ser objeto de la misma?
3. ¿Cómo se constituye una sociedad cooperativa de servicios públicos?

DOCTRINA: ASIÁN CHAVES, R./RODRÍGUEZ MORILLA, C., coord., IECA. *Economía social y solidaria*, Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, Junta de Andalucía, 2014; FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía", *Revista de Justicia Administrativa*, enero 2003, pp. 7 a 21; PEINADO GRACIAS, J.I., dir., *Tratado de cooperativas*, t. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, Iustel, 2010.

JURISPRUDENCIA: No hay .

INTRODUCCIÓN

Una de las muchas novedades que introduce la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (en adelante, LSCA) es una nueva tipología de sociedades cooperativas cuya regulación se delega reglamentariamente y entre las que se encuentra la sociedad cooperativa de servicios públicos (art. 107 LSCA)³. El

¹ Acreditada a Profesora Titular de Universidad.

² El aportación tiene como antecedente un Informe Jurídico sobre constitución, organización y funcionamiento de las sociedades cooperativas de servicios públicos en Andalucía. Contrato de trabajo de carácter científico realizado al amparo del art. 83 LOU. Profesora responsable: Laura López de la Cruz.

³ La Ley 27/1999, de 23 de diciembre, de Cooperativas, de ámbito nacional, no contempla esta tipología, si bien en el marco autonómico encontramos leyes que sí consagran este modelo de sociedad cooperativa, aunque con un escaso contenido normativo (art. 99 de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana).

Reglamento de desarrollo de la Ley (D 123/2014, de 2 de septiembre) apenas le dedica un artículo (art. 101), que si bien introduce esta nueva tipología societaria en nuestro ordenamiento con el objetivo de dotar de calidad a los servicios públicos haciendo partícipes de una manera más directa a los ciudadanos en la gestión de los mismos, lo cierto es que no resuelve una serie de cuestiones que surgen al hilo de la misma. En particular, la forma de constitución de una sociedad cooperativa de servicios públicos, los sujetos participantes, las actividades que pueden ser desarrolladas, cómo se tramita la adjudicación del servicio público, por citar las más relevantes. Pero la cuestión más inmediata quizá consista en determinar qué ventajas ofrece esta fórmula cooperativa frente a las sociedades capitalistas que tradicionalmente han asumido la externalización de los servicios comunitarios.

1. ¿POR QUÉ UNA SOCIEDAD COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS?

El objetivo que se pretende es generar empresas de economía social para la gestión de servicios y proyectos públicos. En este sentido, las cooperativas de servicios públicos constituyen un instrumento de primer orden puesto que permiten la colaboración público-privada en la prestación de servicios a los ciudadanos (mantenimiento de los parques, gestión de los servicios funerarios municipales, recogida de residuos, explotación de instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre, limpieza viaria, etc).

El reto consiste en canalizar los servicios públicos a través de un modelo productivo socialmente responsable que debe actuar como referente para alcanzar una sociedad más justa. En este sentido, las sociedades cooperativas suponen la máxima expresión del concepto y de los valores y principios que orientan a la economía social, como son, entre otros, la primacía de las personas y del objeto social sobre el capital, el control democrático de la empresa por sus propios integrantes, la conjunción de los intereses de las personas socias y del interés general, la defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad, la adhesión voluntaria y abierta de los socios y socias, la autonomía e independencia en la gestión y el destino de los excedentes a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, del interés de los servicios a sus integrantes y del interés social⁴, que convergen con los principios orientadores consagrados en el artículo 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Desde el año 2000, distintas instituciones europeas vienen elaborando documentos oficiales en los que se reconoce la importancia de la economía social en la creación de empleo, la mejora de la situación de las personas en riesgo de exclusión social, la lucha por la igualdad de género, el acceso a servicios sociales de interés general o la cohesión social. Y la propia Constitución Española, así como el Estatuto de Autonomía de

⁴ Carta de Principios de la Economía Social de la Conferencia Europea de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF), actualmente Asociación Europea de Economía Social (Social Economy Europe [SEE]).

Andalucía⁵ apuestan por el fomento de las sociedades cooperativas y otras formas jurídicas de economía social (arts. 129 CE y 163 y 172.2 Estatuto de Autonomía).

Por todo ello, una sociedad cooperativa para gestionar servicios públicos supone una fórmula de innovación social, que aporta una serie de ventajas con un modelo económico orientado fundamentalmente a satisfacer las necesidades de los socios, a la vez que genera empleo vinculado al territorio y cuyos beneficios revierten en la mejora de los servicios a la comunidad.

2. ¿QUÉ SUJETOS PUEDEN CONSTITUIR UNA SOCIEDAD COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y QUÉ ACTIVIDADES PUEDEN SER OBJETO DE LA MISMA?

Respecto a la primera cuestión, se ha de decir que el artículo 101 del Reglamento que desarrolla la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas (en adelante, RSCA) establece respecto de las sociedades cooperativas de servicios públicos que «La Administración de la Junta de Andalucía así como las Administraciones locales andaluzas, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, podrán proveer que la prestación directa de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos»; y añade:

«En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con experiencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos [...]».

El término amplio de *entidades públicas* que utiliza el legislador permite afirmar que junto a entidades de Derecho Público (o personas jurídico-públicas) se admite asimismo que conformen este tipo de cooperativas entidades públicas de Derecho Privado, esto es, sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal o autonómico y, en su caso y con sus propias limitaciones, del sector público local.

En lo que se refiere al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, quedarían incluidas en el concepto de entidades públicas tanto 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), como las Agencias de la Junta de Andalucía (arts. 54 y ss. LAJA), los entes de Derecho Público andaluces de carácter independiente (Universidades públicas andaluzas, Consejo Audiovisual de Andalucía) y los consorcios en los que participe la Junta de Andalucía con otras Administraciones públicas (Admón Gral. del Estado, CC.AA., Provincias, Municipios). Junto a ellas, se incluyen, en calidad de entes de naturaleza privada del sector público andaluz, sus sociedades mercantiles (art. 75 LAJA) y sus fundaciones (art. 78 LAJA).

⁵ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Respecto a las Entidades locales, el ámbito subjetivo de una sociedad cooperativa de servicios públicos puede estar conformado asimismo por municipios y provincias (art. 3.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en adelante, LBRL), así como por las agencias públicas administrativas locales de los Municipios y Provincias andaluzas (art. 34 Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en relación con el art. 85.2.b) LBRL)⁶.

Tampoco la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas ni su Reglamento de desarrollo determinan qué actividades pueden ser objeto de una sociedad cooperativa de servicios públicos. Podríamos partir de un concepto amplio de servicio público, teniendo en cuenta que la noción de servicio público es de construcción doctrinal, y por consiguiente, presenta múltiples acepciones (FERNÁNDEZ FARRERES, 2003: 11). En lo que al tema que tratamos interesa, nos estaríamos refiriendo al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas por el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas, y garantizadas por éstas, con el objetivo de satisfacer necesidades colectivas de interés general. En todo caso, se excluyen expresamente del objeto de una cooperativa de servicios públicos la prestación de servicios que exijan el ejercicio de autoridad pública, como los de orden público y protección civil (art. 101.3 RSCA).

Hay que señalar que, con carácter general, los servicios públicos pueden gestionarse de forma directa o de forma indirecta mediante las distintas modalidades previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 277 RD-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [en adelante, LCSP] y art. 85.2 LBRL). No cabe duda de que es en este último contexto de gestión indirecta de los servicios públicos donde hemos de situar a las sociedades cooperativas de servicios públicos. Pero además, hay que tener en cuenta que, cuando de Entidades locales se trate, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local⁷, establece un nuevo modelo competencial de las Administraciones Locales distinguiendo entre competencias propias y competencias por delegación, y competencias distintas de las anteriores que tradicionalmente se denominan impropias, siempre desde la óptica de la eficiencia económica, estableciendo una serie de condicionantes que habrá que tener en cuenta para el caso de integración del sector público municipal en una sociedad cooperativa de servicios públicos.

3. ¿CÓMO SE CONSTITUYE UNA SOCIEDAD COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS?

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.

⁶ En todo caso, en lo que se refiere a los entes locales, hay que tener en cuenta la limitación que establece, a efectos financieros, la disp. ad. 9 LBRL.

⁷ Modificadora de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local.

A) Con carácter general para la constitución, como en el caso de cualquier otra sociedad cooperativa, habrán de respetarse los pasos previstos en la LSCA y en su Reglamento (arts. 8 y ss. LSCA; y 5 y ss. RSCA). Pero además, en el caso que nos ocupa, al tratarse de una cooperativa de servicios públicos promovida por una entidad pública, habrá que atender a los requisitos de naturaleza jurídico-administrativa que condicionan la validez de los actos realizados por las entidades públicas.

Al respecto, el propio art. 101 RSCA establece que, cuando la Administración de la Junta de Andalucía participe como persona socia en este tipo de cooperativas, deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (arts. 12 y 76 LAJA). Sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento de Cooperativas Andaluzas se refieren a los requisitos administrativos necesarios cuando de una Entidad local se trate. En tal caso habrá que acudir a la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía, que regula, por un lado, la creación de una empresa pública local, aplicable asimismo al caso de cooperativas (art. 47) y, por otro, la constitución de empresas mixtas de capital público-privado, cuya forma societaria mercantil también sería extensible a la fórmula cooperativa (art. 43).

Sumariamente, el procedimiento de selección de socios privados para la constitución de la cooperativa se puede articular mediante una convocatoria pública de suscripción de participaciones en el capital social o por un concurso de iniciativas o propuestas sobre la futura entidad⁸.

En cualquiera de los casos, resulta determinante que en los estatutos de la sociedad cooperativa de servicios públicos se incluyan medidas de ponderación de voto o de reserva orgánica a favor de la entidad local, como fórmula de control sobre las condiciones de prestación del servicio, tal y como prevé el art. 101 RSCA.

B) La segunda cuestión a la que se debe hacer referencia es la constitución de una sociedad cooperativa de servicios públicos mediante la incorporación de la Entidad Pública en una cooperativa ya existente.

Partiendo del art. 13.1 LSCA, puede afirmarse que tanto la Administración de la Junta de Andalucía como los Ayuntamientos, personas jurídicas 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, fundamentalmente, de 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 (también el art. 70 RSCA), por lo que se restringe la naturaleza de los socios y se

⁸ En todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades deberá asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado que se invierte en las mismas, lo que exige que la selección de los socios esté sujeta a los procedimientos de concurrencia pública propios del sector público (art. 43.2 LAJA y art. 104 Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

impide que una entidad pública pueda ser socia común (art. 14 LSCA). Pero nada impide que el Ente se incorpore a una sociedad cooperativa en calidad de persona socia colaboradora, es decir, aquellas personas 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.

Por lo que respecta 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 una persona física o jurídica pueda ser socio común siempre que sea titular de alguno de los derechos enunciados en su apartado 1: «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 trabajo⁹.

Y, en todos los supuestos mencionados, también cabe la posibilidad de articular la presencia de un Ente público a través del concepto de persona inversora (art. 25 LSCA).

Si la incorporación de la Entidad pública 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 —arts. 106 LSCA y 99 Reglamento— (art. 101.4 RSCA).

⁹ Cuando nos adentramos en el marco de las cooperativas especiales, podemos aludir a las cooperativas de integración social (art. 100 RSCA), que podrán tener como socios a 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 se le permite también asistir a las reuniones de los órganos sociales de los que la Entidad pública sea parte.

En cuanto a los requisitos de naturaleza administrativa para la incorporación de la Administración de la Junta de Andalucía en una cooperativa, el art. 101.2 RSCA ya indicado remite al art. 12 LAJA para determinar la competencia para la oportuna autorización, que consideramos igualmente aplicable. Cuestión distinta sería establecer quién es competente para realizar las necesarias aportaciones al capital social de la cooperativa. En este caso, el art. 82.1 de la Ley 4/1986, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere «autorización de la Consejería competente en materia de Economía» y «comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda», desde el momento en que la participación de la Entidad Pública en el capital de la cooperativa no puede superar el 49% (art. 54.3 LSCA)¹⁰.

Cuando de una Entidad local se trate, será aplicable el art. 5.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía, que otorga el carácter de bien patrimonial a «las cuotas, partes alícuotas y títulos representativos de capital de [...] cooperativas [...] que pertenezcan al ente local». De forma que la competencia para la adquisición viene establecida en la DA 2ª Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹¹. Además, el capital efectivo que aporten las corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde su constitución o, añadimos, desde la fecha de integración (art. 109.2 D. 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

Por último, ha de quedar claro que para que una sociedad cooperativa de servicio público pueda realizar actividades de servicio público, no es suficiente con la integración en la misma de la Entidad Pública, sino que, con carácter general, será necesaria una licitación pública para otorgar el título habilitante específico en función de la actividad de que se trate¹².

Fecha de recepción: 11.06.2015

Fecha de aceptación: 24.06.2015

¹⁰ La participación de la Administración de la Junta de Andalucía en una entidad privada tiene en todo caso la consideración de adquisición de bienes patrimoniales, lo que exige seguir el tratamiento previsto para este tipo de actuaciones (art. 19 Decreto Legislativo de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y art. 83 y 74 y ss. LPJA).

¹¹ Con peculiaridades legislativas en caso de aportación de bienes patrimoniales (arts. 23 y 59.2 Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía; arts. 44.2 del Reglamento de desarrollo; art. 43 RSCA).

¹² Se han de respetar en todo caso los principios generales de la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 LCSP), lo que no impide que en las licitaciones puedan incluirse cláusulas sociales como condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato (art. 118 LCSP), como criterio de valoración de las ofertas (art. 150 LCSP) o como criterio de desempate (DA 4ª LCSP).