Asunto : creación de sociedad mercantil local para la prestación del servicio de ayuda a domicilio

Solicitante : Ayuntamiento de XXXXXXXXXXXX

Expte. : 117/23 GEX23559/2023

Visto el oficio remitido por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de XXXXXXXXXXXX, en el que solicita informe sobre la posibilidad de creación de una sociedad mercantil local para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, así como la resolución de la Presidencia que la autoriza, por el funcionario adscrito al Servicio Asistencia Jurídica y Consultoría Técnica que suscribe se emite el siguiente:

INFORME:

ANTECEDENTES:

En el escrito, se afirma que el Ayuntamiento presta actualmente el servicio de ayuda a domicilio en virtud de la subvención concedida por el Instituto Provincial de Bienestar Social de la Diputación de Córdoba, para lo cual tiene contratadas a una serie de personas con contratos temporales de distinta duración.

En base a las medidas restrictivas de la contratación temporal que impone la reforma laboral aprobada por RD-ley 32/2021, se contempla la posibilidad de crear una empresa pública para la prestación de dicho servicio. En consecuencia, se plantea:

1. Si las personas trabajadoras pasarían directamente del ayuntamiento a la empresa pública

2. Si para formar parte de la misma es necesario superar un proceso selectivo similar al que se realiza para ser personal laboral fijo de los ayuntamientos y resto de administraciones públicas o, por el contrario, los requisitos para el acceso a la referida empresa pública son diferentes.

3. Referido a la creación de la Empresa Pública, sería necesario saber:

- qué es necesario para su creación,
- si este Ayuntamiento está en disposición de poder crearla,
- qué sería necesario para su funcionamiento,
- qué personal, además del que prestaría el servicio, sería el mínimo necesario,
- las funciones que desempeñarían estos últimos,
- y cómo y quién sería el encargado de la contabilidad de dicha empresa.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

1. Normativa aplicable:

1. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Ett en adelante).

2. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP en adelante)

3. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4. Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

5. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

6. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

7. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA).

8. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC).

9. Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

10. Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

11. Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

12. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

13. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTBG)

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

2. Consideraciones jurídicas

En el presente informe trataremos de dar respuesta en el orden que se han enunciado a todas las cuestiones planteadas por el Sr. Alcalde, si bien con la advertencia de que bastantes de ellas ofrecen la complejidad suficiente que daría de sí para un estudio específico.

1. Sobre la concreta cuestión relativa a la sucesión empresarial:

El art. 44 del ET, en su redacción dada por la Ley 12/2001, para incorporar a nuestro ordenamiento interno el contenido de las Directivas europeas 98/50 / CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, dispone:

> *1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*
>
> *2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.*

En el supuesto que se nos plantea de trabajadores del servicio de ayuda a domicilio, en el que no son imprescindibles para la prestación del servicio activos patrimoniales y el elemento esencial lo constituye la mano de obra, también se englobaría en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET, aunque no lleve aparejada transmisión de elementos patrimoniales precisos para su ejecución, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2010. En este caso, la organización productiva es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad, como es el servicio municipal de ayuda a domicilio.

Admitida la concurrencia en el supuesto que se nos plantea de la sucesión de empresas prevista en el Ett, las relaciones laborales existentes hasta ahora con el Ayuntamiento se mantendrían en su integridad, asumiendo la nueva empresa en cuanto empleador los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empresario.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

La subrogación de la nueva empresa en los contratos del personal de ayuda a domicilio tiene las siguientes consecuencias legales fijadas por el art. 44 Ett:

- Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.
- El cedente y el cesionario también responden solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.
- Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.
- El cambio de titularidad no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

El Ayuntamiento, en caso de llevarse a cabo la creación de la empresa para la gestión del servicio de ayuda a domicilio, deberá dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información que se establecen en el art. apartado 6 del art. 44.

En este sentido, se recomienda la aprobación de un protocolo de integración, en el que se especifique la relación de personal a subrogar, con indicación de la categoría profesional, modalidad de contrato, antigüedad, condiciones de trabajo tales como salario, jornada de trabajo, etc.

2. Sobre los requisitos para el acceso como personal laboral a la empresa pública:

Entendemos que se refiere a la incorporación de nuevo personal, distinto del que se integra directamente en la empresa por mandato legal como consecuencia de la sucesión de empresas.

La incorporación con carácter general de personal indefinido en el sector público se ha de someter cada año a las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos del Estado, incluido el personal del sector institucional, tal como establece el art. 81 de la Ley 40/2015, que dispone que las entidades del sector público institucional se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales. Así, la Disposición adicional vigésima primera de la Ley de Presupuestos del Estado para 2023, bajo el epígrafe “Contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales” establece lo siguiente:

> *Uno.1. La contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales a las que se refiere el artículo 19.uno de esta ley, habrá de realizarse con carácter indefinido, con las limitaciones y requisitos establecidos en la presente disposición.*
>
> *La contratación temporal únicamente será posible en los supuestos y con arreglo a las modalidades previstas por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en su redacción dada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, así como en el resto de normativa aplicable, previa autorización.*
>
> *2. A las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales les serán de aplicación las reglas de articulación de la Oferta de Empleo Público del artículo 20.dos. En concreto, las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 20.dos.2 tendrán una tasa de reposición del 120 por ciento, en los mismos términos establecidos en dicho precepto, siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad. En los demás casos la tasa de reposición será del 110 por ciento, sin perjuicio de la posibilidad de autorizar, con carácter extraordinario, una tasa específica para dar cumplimiento del objetivo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en los términos establecidos en el artículo 20.dos.3. La determinación de la tasa de reposición se llevará a cabo siguiendo las reglas del artículo 20.tres.*
>
> *3. Además, podrán contratar personal funcionario, estatutario o laboral, con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local, así como, en aquellos ámbitos que presenten especiales dificultades de cobertura, a reservistas de especial disponibilidad que se encuentren percibiendo, hasta el momento de la celebración del contrato, la asignación por disponibilidad en la cuantía y condiciones previstas en el artículo 19.1 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.*
>
> *Los contratos que hayan sido celebrados tanto en la modalidad recogida en este apartado como en el anterior, de personal funcionario, estatutario o laboral con relación preexistente fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local, generarán derecho a mantener el complemento de antigüedad que se viniera percibiendo, que se actualizará conforme a lo establecido en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado.*

Con arreglo a este precepto, la contratación de personal con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público no requiere a priori de ningún proceso selectivo. Fuera de este supuesto concreto, la incorporación de nuevo personal a una empresa pública, ya sea temporal o indefinido, se ha de acomodar a lo dispuesto en la Disposición adicional primera del TREBEP, que impone los principios contenidos en los artículos 55 y 59 de la

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

Ley a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica. Este art. 2 incluye en el ámbito de aplicación del TREBEP al personal de los organismos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Por tanto, lo dispuesto en la Adicional primera concierne a las entidades dependientes de las mismas Administraciones que no sean de derecho público, como las sociedades mercantiles.

El artículo 55 recoge los principios rectores del acceso al empleo público, indicando que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Además de éstos, los principios que se han de garantizar en los procedimientos de selección de personal de las entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 y la adicional primera, centrados en las garantías de los sistemas selectivos y en la composición y actuación de los órganos de selección, a saber:

a) Principio de Publicidad de las convocatorias y de sus bases: supone que debe existir una difusión efectiva de las convocatorias, por los medios de publicidad legalmente establecidos, de forma que permita su conocimiento por la totalidad de los ciudadanos interesados. En este sentido, los autores recomiendan el uso de medios que garanticen un conocimiento amplio y sin restricciones al conjunto de los ciudadanos. Por ello, resulta exigible que, al menos, las convocatorias se publiciten en varios medios a la vez, como podrían ser páginas Web, periódicos de mayor tirada, boletines informativos locales, comarcales, etc. Y, por supuesto, con un amplio plazo para la presentación de solicitudes.

Y añaden que el procedimiento que verdaderamente garantizaría una publicidad adecuada sería la inclusión de las necesidades de personal de estos entes en las correspondientes ofertas de empleo de las Administraciones públicas de las cuales dependan.

b) Principio de transparencia, aplicable tanto a los acuerdos sobre esta cuestión de la propia sociedad mercantil como a la actuación de los órganos de selección, que conllevará por ejemplo la difusión, con anterioridad a la realización de cada prueba, de los criterios generales y aspectos a considerar en la valoración que no estén expresamente establecidos en las bases de la convocatoria.

c) Principio de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. En la composición de los órganos de selección resultará esencial el respeto de estos principios, de forma que si bien no serán necesarias ciertas formalidades exigibles en el ámbito de la selección de las Administraciones Públicas propiamente dichas, no por ello podrá obviarse la necesidad de cumplimiento y, por ende, de control sobre la imparcialidad y profesionalidad de los componentes de los órganos de selección.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

d) Principio de independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Principio de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

El art. 59 al que remite también la Adicional primera TREBEP establece la reserva en las ofertas de empleo público de un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

La aplicación a las empresas mercantiles públicas de los principios constitucionales de acceso al empleo público es tan incontrovertida que incluso el Tribunal Supremo ha considerado aplicable la figura del personal indefinido no fijo a estas entidades. Dice así la STS 472/2020, de 18 de junio, recurso 1911/2018:

> *El contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, no integran el sector público institucional.*
>
> *2. La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad.*
>
> *3. Es cierto que el art. 103 de la Constitución hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad".* ***Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el***

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades.

En esta materia, debe recordarse por último lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 sobre exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, aplicable por tanto a una sociedad mercantil local como la que se pretende crear:

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones.

3. Sobre creación de una sociedad mercantil local para la gestión de un servicio público de competencia municipal:

Con carácter previo, hay que decir que con arreglo a la Disposición adicional novena de la Ley 7/1985, en la redacción dada a la misma por la Ley 27/2013, de racionalización y

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

sostenibilidad de la Administración Local, las Entidades Locales 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.

Para abordar la cuestión arriba planteada, hay que partir de lo dispuesto en los Arts. 85 y 85.ter LRBRL, que disponen lo siguiente:

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Artículo 85 ter.

1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

Por lo que respecta a la normativa de nuestra Comunidad Autónoma, el Artículo 33 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, sobre Modalidades de prestación en régimen de servicio público, establece:

> *1. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa, por la propia entidad, o de forma indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración.*
>
> *2. Tiene la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes.*
>
> *3. La gestión propia o directa por la entidad local puede revestir las siguientes modalidades:*
>
> *a) Prestación por la propia entidad local.*
>
> *b) Agencia pública administrativa local.*
>
> *c) Agencia pública empresarial local.*
>
> *d) Agencia especial local.*
>
> ***e) Sociedad mercantil local.***
>
> *f) Sociedad interlocal.*
>
> *g) Fundación pública local.*
>
> *4. Son modalidades contractuales de colaboración las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.*
>
> ***5. Los servicios que impliquen ejercicio de autoridad en ningún caso podrán prestarse mediante modalidades contractuales de colaboración ni mediante sociedad mercantil local o interlocal, ni fundación pública local.***

La LAULA diferencia en cuanto al objeto de las empresas o sociedades públicas locales si se trata de gestión de servicios locales de interés general o si se trata de realización de las actividades económicas. De este modo, el Capítulo I del Título II de la citada norma autonómica se encarga de regular los servicios locales y sus formas de prestación, entre las que incluye la sociedad pública mercantil, y reserva el Capítulo II para las actividades económicas, poniendo la nota diferenciadora entre ambas figuras en la propia sustantividad de la prestación, en función de que tenga o no un carácter marcadamente mercantil o industrial. Además, clarifica de la diferenciación de ambas figuras al distinguir la denominación de las entidades mercantiles que pueden instrumentarse como formas de gestión directa de los servicios locales de interés general de aquellas otras para la realización de actividades económicas.

En efecto, en el caso de los servicios locales de carácter administrativo (o no mercantil), con arreglo al art. 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, una de las formas de gestión directa servicios de competencia de la entidad local es la denominada “sociedad mercantil local”, cuya actividad se iniciaría con la aprobación de su constitución por el Pleno junto con sus estatutos, en ejercicio de su potestad de autoorganización.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

Por el contrario, en el caso de las denominadas actividades económicas, su prestación mediante entidad mercantil se denomina, según el art. 46 de la citada Ley, “empresa pública local”, estableciéndose incluso como la forma preferente de prestación de este tipo de actividades (en buena lógica, dado el carácter mercantil o industrial de las mismas). La diferencia se aprecia igualmente en función de los requisitos exigidos para el inicio de la prestación de la actividad económica, que debe cumplir lo dispuesto en el art. 47, junto con las previsiones del art. 103 del Texto Refundido.

En lo que aquí nos interesa, el art. 38 LAULA establece:

> *1. Las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local.*
>
> *2. Las sociedades mercantiles locales se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.*
>
> *3. La sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local.*
>
> *4. Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local.*

4. Sobre la forma de la sociedad mercantil local:

De acuerdo con el art. 85.ter.2 LRBRL y 38 LAULA, la sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Para el art. 1 de esta Ley, son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. Respecto de las dos primeras no hay problemas, porque a tenor del art. 12 ambas pueden ser sociedades unipersonales. Respecto de la tercera se define (artículo 1.4 TRLSC) como aquella en la que "el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo". La adopción de esta forma societaria exigiría, en todo caso, que los socios fueran todos entes públicos para respetar la exigencia de titularidad pública del capital social. Además, la responsabilidad personal de uno de los socios pugna con el art. 105 TRRL de que la responsabilidad municipal se limita al capital aportado.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

En consecuencia, hemos de concluir que, a pesar de la dicción literal del art. 85.ter LBRL y 38 LAULA, no es posible la utilización de la sociedad comanditaria por acciones para la gestión directa de los servicios públicos locales.

Como hemos dicho, según el art. 12 TRLSC, se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. De acuerdo con el art. 17, sobre especialidades de las sociedades unipersonales públicas, a las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes, no serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13 [1], el artículo 14, sobre efectos de la unipersonalidad sobrevenida, y los apartados 2[2] y 3[3] del artículo 16.

5. Sobre el Régimen jurídico por el que se rigen las sociedades mercantiles públicas:

El art. 85.ter LBRL establece que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

El art. 38 LAULA añade a estas disposiciones la normativa patrimonial, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados

En el régimen jurídico de estas sociedades, ha incidido además la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyo art. 2.2.b) sujeta a su ámbito de aplicación, en la condición de sector público institucional, a «las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

Asimismo, como decíamos anteriormente, con arreglo al art. 81 LEY 40/2015, están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión. En particular se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las

1 *En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.*

2 *En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.*

3 *Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado primero, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales.

6. Constitución de la sociedad mercantil local:

En el proceso de constitución de la sociedad encontramos dos fases: la jurídico-pública, de formación de la voluntad administrativa de constituir el ente, y la jurídico-privada, de cumplimiento de las exigencias de la normativa jurídico-privada, mercantil, para que el ente adquiera su personalidad jurídica. Una vez culminado el procedimiento previo jurídico-público de formación de la voluntad del ente local de que se trate, comenzará la fase jurídico-privada de constitución de la sociedad, regulada en la Ley de Sociedades de Capital y cumpliendo las determinaciones del Reglamento mercantil.

En cuanto a la fase jurídico-pública, el art. 85.2 LBRL exige para adoptar la forma de prestación del servicio mediante entidad pública empresarial o sociedad mercantil de capital de titularidad pública la acreditación, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), o sea gestión a través de la propia entidad o mediante organismo autónomo, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, dispone que deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido, que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En similares términos se expresa el art. 33.6 LAULA: en el expediente que se tramite para la constitución de cualquiera de las entidades previstas para la gestión directa deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendría la modalidad de prestación respecto a la prestación por la propia entidad local, que incluirá un estudio económico financiero del coste previsible de su implantación.

Resulta asimismo preceptivo informe de Secretario/a según el artículo 3.3.d.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.

El acuerdo de aprobación por el Pleno deberá contener:

a) acordar la gestión del servicio mediante sociedad mercantil local;

b) aprobar el proyecto de estatutos sociales;

c) la determinación del capital social;

d) aprobar la suscripción del capital, con el consiguiente desembolso.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

En cuanto a la fase jurídico privada, el art. 19 TRLSC establece que las sociedades unipersonales se constituyen por acto unilateral, exigiendo el art. 20 escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Como trámite previo deberá solicitarse del Registro Mercantil Central, Sección Denominaciones, certificación negativa de denominación para comprobar que el nombre elegido para la sociedad no coincide con ninguna otra existente.

El contenido mínimo de la escritura de constitución se enumera en el art. 22 TRLSC:

a) La identidad del socio

b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.

c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

d) Los estatutos de la sociedad.

e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

Una vez otorgada la escritura de constitución, deberá procederse a la inscripción en el Registro Mercantil como condición para adquirir la personalidad jurídica (art. 33 TRLSC).

El plazo para presentar la escritura de constitución a inscripción es de dos meses desde la fecha del otorgamiento, siendo responsabilidad del socio fundador y de los administradores, quienes responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación (art. 32.1 TRLSC), y ello porque —a tenor del art. 24.1— salvo disposición contraria de los estatutos, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución.

A tenor del art. 35 TRLSC una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación, de forma telemática y sin coste adicional alguno, al Boletín Oficial del Registro Mercantil, los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

7. Los órganos de gobierno y administración de las sociedades de capital íntegramente local

El art. 85.ter.3 LRBRL remite a los estatutos la determinación de la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

7.1: La Junta General:

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

En las sociedades unipersonales, según el art. 15.1 y 2 TRLSC, el socio único ejercerá las funciones de Junta General, y sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

En el ámbito de las sociedades mercantiles locales, de acuerdo con el antiguo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se atribuía al Pleno de la propia Corporación las funciones de Junta General de la sociedad. Esta regla debe considerarse no vigente a partir de la entrada en vigor del art. 85.ter.3 LRBRL, que por el contrario remite a los Estatutos la forma de designación de la Junta General.

Así se confirma por sentencia del Tribunal Constitucional 137/2018 de 13 de diciembre:

> *La competencia estatal del artículo 149.1.18 CE comprende asimismo la regulación de la organización de las entidades instrumentales locales, en «aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados» [STC 103/2013, FJ 5 d)]. Así se afirmó a propósito de la gestión directa de los servicios de competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales (art. 85 bis LBRL). La STC 41/2016 confirma que «el artículo 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo en cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE)» (FJ 14). La doctrina constitucional ha fijado así un criterio perfectamente extensible a la gestión directa a través de sociedades mercantiles locales (art. 85 ter LBRL).*
>
> *(...)*
>
> *El artículo 85 ter.3 LBRL remite a los estatutos societarios la determinación de «la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas». La determinación de cuál sea el órgano que expresa la voluntad del socio único a la hora de ejercer las competencias propias de la junta general no viene dispuesta por el ordenamiento mercantil, que (al margen de las especialidades del régimen jurídico de las sociedades unipersonales públicas contempladas en el artículo 17 LSC, que no vienen al caso), únicamente predetermina que, en las sociedades unipersonales, es el socio único el que ejerce las competencias de la junta general (art. 15.1 LSC). La normativa estatal citada deja así abierta la configuración de los órganos societarios: no impone que el pleno se haya de constituir necesariamente en junta general, ni prohíbe en consecuencia que las funciones propias de la junta general de la sociedad mercantil sean ejercidas por la junta de gobierno local.*
>
> *Lo que sí hace el artículo 85 ter.3 LBRL, inequívocamente, es reservar a los estatutos societarios esta decisión, fijando una regla básica cuya interpretación requiere tener en cuenta el ordenamiento jurídico privado por el que se rigen, con las especialidades indicadas, las sociedades mercantiles locales.*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

El acuerdo de creación que corresponde al pleno municipal [art. 123.1 k) y 22.2.f LRBRL] equivale al acto unilateral de constitución de las sociedades unipersonales (art. 19.1 LSC), primera fase del proceso formativo de una sociedad mercantil. En la siguiente fase de la sociedad en formación, la escritura de constitución de las sociedades de capital, que perfecciona el proceso fundacional, forzosamente deberá ser otorgada por el socio fundador, por medio de representante cuando se trate de una persona jurídica (art. 21 LSC). La escritura pública debe incluir, entre otros contenidos mínimos, los estatutos sociales [art. 22.1 d) LSC]. Constituye un negocio jurídico unilateral, en el que la voluntad del único socio fundador se manifiesta en la escritura pública de constitución, cuyo contenido mínimo, por exigencia legal, incluye los estatutos sociales.

En las sociedades mercantiles locales unipersonales, el fundador de la sociedad es el Ayuntamiento, socio único que expresa su voluntad a través del pleno, constituyendo los estatutos societarios la manifestación más acabada de la voluntad del fundador. La voluntad fundacional no puede entenderse constreñida a la aprobación de un acuerdo de creación de la sociedad abstracto o vacío de contenido. La escritura pública formaliza el acto de constitución, incorporando como parte necesaria de su contenido los estatutos; es inherente a la voluntad fundacional el otorgamiento de escritura pública comprensiva de los estatutos sociales, con el contenido mínimo fijado legalmente: la denominación de la sociedad; el objeto social, determinando las actividades que lo integran; el domicilio social; el capital social; el modo o modos de organizar la administración de la sociedad; y el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad (art. 23 LSC).

Al remitir la decisión sobre los órganos societarios a los estatutos, el art 85.ter.3 LBRL es plenamente congruente con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico privado, que también remite a los estatutos el modo o modos de organizar la administración de la sociedad [art. 23 e) LSC]. Debe concluirse que el ordenamiento jurídico estatal, tanto público (y básico) como privado, encomienda esta decisión a la voluntad del socio fundador, que en las sociedades mercantiles locales de carácter unipersonal no es otro que el pleno del ayuntamiento, a través del acuerdo de creación.

7.2: El Consejo de Administración:

Corresponde a los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en el TRLSC, pudiendo confiarse la administración a un administrador único, a varios que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración (art. 210.1 TRLSC).

El art. 85.ter LRBRL establece el Consejo de Administración como forma de administración de la sociedad mercantil local. Ahora bien, el art. 93 RSCL imponía una serie de reglas en relación con los Consejeros, como el criterio de designación (personas especialmente capacitadas), período de nombramiento (entre dos y seis años), número máximo de Consejeros y límite de un tercio de miembros de la Corporación que podían pertenecer al Consejo. Estas limitaciones deben entenderse derogadas tras la remisión que hace, sin condicionantes, la LRBRL a los estatutos para determinar su composición.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

No obstante, esta aparente libertad se ha limitado en relación con el número máximo de Consejeros por la disposición adicional duodécima LRBRL. Su apartado 2 atribuye al Pleno la clasificación en tres grupos de las entidades vinculadas o dependientes de la Entidad Local que integren el sector público local, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad. Esta clasificación va a determinar, entre otras cuestiones que luego veremos, el número máximo de miembros del Consejo de Administración, que no podrá exceder de:

a) 15 miembros en las entidades del grupo 1;

b) 12 miembros en las entidades del grupo 2;

c) 9 miembros en las entidades del grupo 3.

En relación con los miembros del Consejo de Administración formulamos las siguientes precisiones:

- Su nombramiento y cese corresponde a la Junta General, con la limitación antes expuesta. Todo nombramiento debe inscribirse en el Registro Mercantil, previa aceptación de la persona interesada (art. 215 TRLSC).
- La duración del cargo en las sociedades anónimas será el que señale los estatutos, aunque no podrá exceder de seis años, debiendo ser igual para todos. En las sociedades de responsabilidad limitada el cargo es por tiempo indefinido, salvo fijación estatutaria de plazos. En cualquier caso, pueden ser reelegidos una o varias veces para el cargo.
- En relación con las remuneraciones, el artículo 13.6 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, (RD 2568/86) permite que todos los miembros de la Corporación, incluidos los que tengan dedicación exclusiva, perciban asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal. Por tanto, parece inferirse que ésta es la única modalidad retributiva que pueden percibir los miembros de la Corporación, siempre con el importe máximo que fije la Junta general. Además, el apartado 5 de la disposición adicional duodécima LRBRL obliga a que las retribuciones que perciban los miembros del Consejo se recojan anualmente en la memoria de actividades de la entidad.
- En cuanto a la participación de los miembros de la Corporación en el Consejo de Administración, dos consideraciones a tener en cuenta:

  1º) No existe un derecho de los concejales a formar parte del Consejo de Administración. Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, núm. 65/2014, de 20 de enero, el derecho de acceso

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

a los cargos públicos es un derecho de configuración legal, por lo que no se garantiza por la Constitución un derecho de los concejales a ser nombrados en los órganos de dirección y de administración de las empresas municipales;

2ª) No es exigible ninguna regla de proporcionalidad en la composición del Consejo, ya que los órganos de gobierno de las sociedades de capital íntegramente local no participan de funciones públicas (STSJ de Canarias núm. 485/1997, de 18 de julio).

7.3: Los órganos de administración:

El art. 85.ter LBRL remite a los estatutos la regulación de los máximos órganos de dirección de las empresas municipales (Gerencia, Dirección General, , etc.). A la vista de la disposición adicional duodécima LBRL que regula, como veremos, las retribuciones de estos puestos gerenciales en el sector público local, se permiten dos opciones: contrato mercantil o contrato laboral de carácter especial de alta dirección (art. 2.1.a del Ett), regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

Las retribuciones de los titulares de estos órganos han sido objeto de regulación por la disposición adicional duodécima LRBRL como medida para la racionalización del sector público local.

Se establece que las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por las sociedades que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, y las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

Para determinar la cuantía máxima de la retribución total, con la determinación del porcentaje máximo de complemento de puesto y variable, el Pleno debe proceder a la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad. En cualquier caso, la cuantía máxima de la retribución total no podrá superar los límites fijados anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

8. La regulación administrativa de la actividad de las sociedades mercantiles locales:

8.1. Control presupuestario:

Para las sociedades mercantiles locales, no se exige un presupuesto con esta función y finalidad, pero el art. 166.1 TRLHL obliga a que al Presupuesto General de la Entidad se una como anexo:

b) los programas anuales de actuación, inversiones y financiación (PAIF) de las sociedades mercantiles de cuyo capital social sea titular único o partícipe mayoritario la entidad local;

c) el estado de consolidación del presupuesto de la propia entidad con el de todos los presupuestos y estados de previsión de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles.

El contenido de los PAIF se regula en el art. 114 del R.D. 500/1990, de 20 de abril:

a) El estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio.

b) El estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la Entidad local o de sus Organismos autónomos.

c) La relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas que se esperan generar.

d) Memoria de las actividades que vayan a realizarse en el ejercicio.

8.2. Control financiero:

De acuerdo con el art. 81.2 Ley 40/2015, citado anteriormente, todas las Administraciones Públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.

El art. 213 TRLHL regula el control interno de la gestión económica de las entidades dependientes de las Entidades Locales. Este precepto ha sido desarrollado por el R.D. 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

El control interno abarca dos modalidades: la función interventora y el control financiero, en sus modalidades de control permanente y control de auditoría, incluido el control de eficacia. Sobre las sociedades mercantiles locales únicamente se ejerce el control financiero en su modalidad de auditoría, incluido el de eficacia.

En general, el control financiero tiene como objetivo verificar el funcionamiento de los servicios del sector público local en el aspecto económico financiero para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que los rigen, y que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera, comprobando que la gestión de los recursos públicos se encuentra orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía, la calidad y la

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

transparencia, y por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el uso de los recursos públicos locales.

Por su parte, el control de eficacia (art. 29.1 RD) consiste en la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.

La auditoría pública que se ejerce sobre las sociedades mercantiles locales consiste en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público local, mediante la aplicación de los procedimientos e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado.

Tiene dos modalidades:

1ª. Auditoría de cuentas. A ella se someten las sociedades mercantiles del sector público local no sometidas a la obligación de auditarse que se hubieran incluido en el plan anual de auditorías. Su objetivo es la verificación relativa a si las cuentas anuales representan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables y presupuestarios que le son de aplicación y contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión adecuada.

2ª. Auditoría de cumplimiento (verificación de que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que les son de aplicación), y auditoría operativa (examen sistemático y objetivo de las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones oportunas en orden a la corrección de aquéllas).

El resultado de la labor de control se plasmará en el informe de control financiero (art. 35), que expondrá de forma clara, objetiva y ponderada los hechos comprobados, las conclusiones obtenidas y, en su caso, las recomendaciones sobre las actuaciones objeto de control. Asimismo, se indicarán las deficiencias que deban ser subsanadas mediante una actuación correctora inmediata, debiendo verificarse su realización en las siguientes actuaciones de control.

El informe definitivo será remitido al gestor directo de la actividad económico-financiera controlada y al Presidente de la Entidad Local, así como, a través de este último, al Pleno para su conocimiento. El análisis del informe constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria (arts. 35 y 36 RD).

Por último, el órgano interventor deberá elaborar con carácter anual y con ocasión de la aprobación de la cuenta general, el informe resumen de los resultados del control interno

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01

señalado en el art. 213.2 TRLHL. Este informe resumen será remitido al Pleno, a través del Presidente de la Corporación, y a la Intervención General de la Administración del Estado, en el curso del primer cuatrimestre de cada año y contendrá los resultados más significativos derivados de las actuaciones de control financiero y de función interventora realizadas en el ejercicio anterior (art. 37 RD).

8.3: Contabilidad:

De acuerdo con el art. 200 TRLAHL, las sociedades mercantiles en cuyo capital tengan participación total o mayoritaria las entidades locales estarán igualmente sometidas al régimen de contabilidad pública, sin perjuicio de que se adapten a las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas.

Según el artículo 204, competerá a la Intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el Pleno.

En la cuenta general de las entidades locales, se integra, junto con la de la propia entidad y sus organismos autónomos, las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las entidades locales, que deban elaborarse de acuerdo con la normativa mercantil (art. 209).

8.4: Control de la contratación

La LCSP sujeta a su ámbito de aplicación a las sociedades en que sea mayoritaria la participación de las Entidades Locales (art. 3.1.h). A efectos de la aplicación de la Ley se distinguen tres niveles:

1º)Administraciones Públicas, que son siempre poderes adjudicadores;

2º) Poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas;

3º) Resto de entidades del sector público que no tiene el carácter de poderes adjudicadores.

Las sociedades mercantiles locales en ningún caso tienen la consideración de Administración Pública, y por tanto tendrán la consideración de poder adjudicador o no en función de su actividad. Serán poderes adjudicadores aquellas sociedades que «hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» (art. 3.3.d).

En consecuencia, y dado que las sociedades mercantiles creadas en sentido estricto para la gestión de un servicio público, como la que es objeto de este informe, tienen como finalidad satisfacer necesidades de interés general no mercantil ni industrial, podemos afirmar que, a efectos de la aplicación de la Ley de Contratos, se califican como poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023

Las notas más destacadas del régimen jurídico de la contratación de estas sociedades son:

1ª Los contratos que celebren tienen la condición de contratos privados (art. 26.1.b).

2ª Los contratos que celebren cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma (Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas) en cuanto a su preparación y adjudicación.

3ª En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medio ambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

8.5: Transparencia:

De acuerdo con la disposición adicional duodécima, apartado 5 LRBRL, sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el sector público local difundirán a través de su página web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros.

Por su parte, el art. 2.1.g Ley 19/2013 de transparencia incluye en su ámbito de aplicación las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las Entidades Locales sea superior al 50 por 100.

En su virtud, de acuerdo con el art. 6.1 están obligadas a publicar información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional.

Además, deberán publicar la información económica, presupuestaria y estadística con repercusión económica o presupuestaria que se indica en el art. 8 (contratos, convenios, encomiendas de gestión, retribuciones de altos cargos…).

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no suple en modo alguno otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Firmado por Letrado asesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX el 31-05-2023