

NORMATIVA APLICABLE A LA SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICAS MUNICIPAL

Es la Ley 7/1985, de 1 de abril, de Bases de Régimen Local, la que, en el párrafo 1 de su artículo 85 ter, fija que las sociedades mercantiles públicas municipales 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. Por lo tanto, este tipo de sociedades mercantiles, tienen dos fuentes normativas que les son aplicables, las de Derecho Privado, y las de Derecho Público.

La aplicación del Derecho privado.

En cuanto al régimen jurídico general, resulta de aplicación principalmente el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, así como la normativa asociada, como es el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, del Reglamento del Registro Mercantil, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

En cuanto al régimen jurídico laboral aplicable al **personal**, resulta de aplicación, principalmente, el 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, su normativa concordante, también en cuanto al régimen de Seguridad Social, y los pactos que, en materia de Convenio Colectivo, resulte de aplicación por razón de la actividad. No obstante, la remisión al Estatutos de los Trabajadores y el ámbito de la negociación colectiva que, por razón de la actividad, resulte de aplicación, eso no significa que las sociedades mercantiles públicas municipales estén eximidas de cualquier mecanismo de control por razón de su naturaleza pública. Así, en este tipo de sociedades mercantiles, el ordenamiento jurídico prescribe que la contratación del personal, se deba de articular mediante un sistema que respete los principios de mérito, capacidad e igualdad. Además de ello, les resultaría de aplicación los límites y restricciones en materia de contratación de las Disposiciones Adicionales 26ª y 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

La aplicación del Derecho público.

La Ley, circunscribe la intervención de normas de derecho público en las sociedades mercantiles públicas municipales, a las siguientes materias:

- presupuestaria
- contable
- control Financiero y de eficacia
- contratación

En cuanto a la materia **presupuestaria**, se debe entender que las normas son las contenidas en el 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. Los artículos 162 y 163 de la citada norma, definen el concepto de "*Presupuesto General*" de la entidad local y sus componentes, ordenando expresamente, que forman parte del mismo "*las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles en las que el capital social pertenece íntegramente a la entidad local correspondiente*". Además de esta previsión de ingresos y gastos, en este Presupuesto general, deberán incorporarse como anexos, (artículo 166) los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles del capital social sea titular único o partícipe mayoritario la entidad local.

Para el adecuado cumplimiento de tal finalidad, el artículo 168 del Real Decreto Legislativo 2/2004 mencionado, obliga a las sociedades mercantiles a remitir al organismo municipal correspondiente, antes del día 15 de septiembre de cada año, estas previsiones de gastos e ingresos, así como los ya mencionados programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente.

En cuanto a la materia **contable**, las sociedades mercantiles en cuyo capital tengan participación total o mayoritaria las entidades locales están sometidas al régimen de contabilidad pública (artículo 200 Real Decreto Legislativo 2/2004, citado), es decir, en las mismas condiciones que lo está el propio Ayuntamiento. Pero, además, estas sociedades mercantiles locales están también obligadas a adaptarse a las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas. Por tanto, se trata de aplicar el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

En cuanto a la materia de **control financiero y de eficacia**, la primera norma de referencia es también el 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. A esta norma, hay que añadir una segunda, el 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, en vigor desde 1 de enero de 2018, pero relevante a partir de 1 de enero de 2019, por cuanto ese será el primer ejercicio económico que se someterá a las previsiones de control contenidas en la citada norma.

No obstante, lo dispuesto en el artículo 85 ter.1, además de las señaladas, son también de aplicación determinadas normas de derecho público en otras materias. Son materias que se circunscriben al funcionamiento de los órganos de gobierno de este tipo de sociedades (Junta General, Consejo de Administración y Gerencia/Dirección General). El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, dispone en su artículo 90, que la dirección y administración de las sociedades mercantiles locales, estará a cargo de los siguientes órganos:

1. La Corporación, que asumirá las funciones de Junta General.
2. El Consejo de Administración.
3. La Gerencia/Dirección General.

Por lo tanto, hay dos diferencias con el Derecho Privado en esta materia de órganos de dirección y administración. La primera, es que el Reglamento de Servicios, añade un órgano más (la Gerencia/Dirección General), a los dos establecidos por la normativa de Derecho Privado (Junta General y Consejo de Administración). La segunda, es que la Junta General de la sociedad mercantil, se identifica con el Pleno (lo que se reafirma en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 127, que al relacionar las atribuciones de la Junta de Gobierno Local, determina en su letra m), que le corresponde designar a los representantes municipales en los órganos colegiados de gobierno o administración de los entes, fundaciones o sociedades, cualquiera que sea su naturaleza, en los que el Ayuntamiento sea partícipe).

Finalmente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, declara en su artículo 2.1 que las disposiciones sobre transparencia del actividad pública se aplicarán, también, a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades locales sea superior al 50 por 100. Esto significa que las

compañías mercantiles locales están obligadas a publicar de forma periódica y actualizada, la información lo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (artículo 5). Esta información sujeta a las obligaciones de transparencia, debe ser publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y comprensible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Además, señala la norma que toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, de acuerdo con el principio de accesibilidad universal y diseño para todos.

Mención específica al régimen de contratación con terceros.

En materia de **contratación**, la norma de referencia es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. De acuerdo con ella, las sociedades mercantiles públicas municipales, forman parte del grupo de poderes adjudicadores denominados PNAP (Poderes Adjudicadores No Administraciones Públicas), y se regulan específicamente en su artículo 32, que establece una serie de requisitos de acuerdo con los cuales, si se reúnen por la PNAP, recibe la calificación de “*medio propio personificado*”. Ello conlleva que, los encargos que reciba del Ayuntamiento, no se considerarán contratos, y resultarán de ejecución obligada para el “medio propio”. Esta sociedad municipal, reúne los requisitos del artículo 32 de la citada Ley 9/2017, siendo, por tanto, medio propio del Ayuntamiento titular pleno de su Capital Social.

La referenciada Ley 9/2017, de Contratos del sector Público, establece la sujeción de las sociedades mercantiles públicas municipales a la normativa sobre Contratación Pública, en la parte que corresponda a la preparación y adjudicación del contrato, quedando sujeta al Derecho Privado, aquello que concierne a los efectos (excepto modificación) y extinción del contrato. Esta especial circunstancia, tiene su correspondiente reflejo en las jurisdicciones judiciales que conocerán de la problemática contractual derivada de las sociedades mercantiles públicas municipales. En consecuencia, si la controversia versa sobre la preparación y adjudicación, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, si la conflictividad surge en sede de efectos y extinción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria. Los PNAP, presentan, además, las siguientes especialidades en materia de contratación, que marca la diferencia del régimen aplicable a las Administraciones Públicas:

1) Con respecto al órgano de contratación

De acuerdo con el régimen especial de las PANAP, no les resultan de aplicación las disposiciones relativas a Mesa de Contratación y resto de condicionantes propios de las Administraciones Públicas. En consecuencia, ejercerá de órgano de contratación, el órgano que, de conformidad con las normas y estatutos de cada PANAP, tenga atribuidas dichas funciones. De conformidad con los estatutos de la sociedad mercantil, se puede considerar que, será la Gerencia/Dirección General, la que ejerza las funciones propias del órgano de contratación. De acuerdo con ello, la configuración del órgano de contratación en la Sociedad mercantil municipal, sería la siguiente:

- Partidas contenidas en el Presupuesto Anual (partidas presupuestarias): **Gerencia/Dirección General**
- Partidas NO contenidas en el Presupuesto Anual (partidas extrapresupuestarias): **Consejo de Administración**. En este caso, por tanto, las tareas propias de la Mesa de contratación

del artículo 326 de la Ley 9/2017 en materia de apertura de sobres de documentación administrativa y gestiones habilitantes de la toma de decisión, podrían ser ejecutadas por la Gerencia/Dirección General, reservando la decisión al órgano de contratación.

2) Con respecto a los contratos con licitación

De acuerdo con el régimen especial de contratación pública de las PANAP, y más específicamente, conforme a lo que prescriben los artículos 317 y 318, en estas entidades, deben ser objeto de licitación, todos aquellos contratos cuyas cuantías, superen los siguientes umbrales:

- a) Contratos de Obras: igual o superior a 40.000 euros
- b) Contratos de Suministros y Servicios: igual o superior a 15.000 euros

Superadas pues, dichas cantidades, el contrato deberá someterse a las reglas y procedimientos de licitación recogidos en la Ley. Existe, no obstante, dentro del colectivo de contratos que superan esos umbrales, y que, por tanto, deben ser objeto de licitación, una segunda distinción, entre:

- 1. Contratos Sujetos a Regulación Armonizada (Contratos SARA)**
- 2. Contratos NO Sujetos a Regulación Armonizada (Contratos NO SARA)**

La distinción, vuelve a pivotar sobre los umbrales de su valor estimado, así:

- 1. Los Contratos Sujetos a Regulación Armonizada (Contratos SARA)**, para la Sociedad mercantil municipal, serán los contratos cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas de la propia Ley 9/2017, sea igual o superior a las cuantías siguientes:
 - i. Contratos de Obras: igual o superior a 5.548.000 euros
 - ii. Contratos de Suministros y Servicios: igual o superior a 221.000 euros

En este tipo de contratos, cuya nota verdaderamente distintiva, es su valor, la clave es la publicación de la licitación correspondiente, ya que debe de realizarse en el DOUE, para garantizar así, una libre concurrencia de operadores económicos en el ámbito de la Unión Europea.

La preparación y adjudicación de estos contratos SARA que concierte la sociedad mercantil municipal, y por expresa disposición del artículo 317, deberá regirse por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley. Eso significa, que, en su tramitación, resultarán de aplicación normas que, solo se aplicarán a los SARA y no al resto de contratos. Esas normas, son las contenidas en la Sección 1.^a del Capítulo I del Libro II de la Ley, e implican la necesidad de articular un expediente previo de contratación (con sus correspondientes informes justificativos, aprobación del gasto, etc.), así como la posibilidad de realizar tramitaciones de urgencia o de emergencia.

Cabe entender que, por las cuantías señaladas, y en atención al presupuesto de la sociedad mercantil municipal, y las partidas que se contienen en relación con los contratos con terceros, los Contratos SARA no serán utilizados por la Sociedad mercantil municipal, salvo en supuestos excepcionales en el que se cuente con una financiación extraordinaria para un proyecto muy específico.

2. Por su parte, los **Contratos NO Sujetos a Regulación Armonizada (Contratos NO SARA)**, serán todos aquellos contratos de obras, suministros o servicios, que suscriba la sociedad mercantil municipal, con valores estimados inferiores a los umbrales anteriormente señalados para los SARA.

De conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 318 de la Ley 9/2017, este tipo de contratos con umbrales superiores a los 40.000€ (Obras) o 15.000€ (Servicios y Suministros), pero inferiores a 5.548.000€ (Obras) o 221.000€ (Servicios y Suministros), se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Por tanto, para esta tipología de contratos NO SARA, no será exigible el expediente previo de contratación como sucede con los SARA (la Sección 1ª), resultando sólo de aplicación, la Sección 2ª del Capítulo I del Libro II de la Ley, esto es, las normas relativas a los procedimientos de licitación. Eso se traduce en que, las licitaciones de la Sociedad mercantil municipal, podrán llevarse a término, por cualquiera de los siguientes procedimientos:

- i. Procedimiento Abierto Ordinario (artículo 156), distinguiendo a su vez, dentro de este tipo de procedimiento, entre:
 - a) Procedimiento Abierto Simplificado (artículo 159)
 - b) Procedimiento Abierto Simplificado de tramitación reducida, o también denominado procedimiento sumario (artículo 159.6)
- ii. Procedimiento restringido (artículo 160)
- iii. Procedimientos con Negociación, distinguiendo dentro de él, entre:
 - a) Procedimientos Negociados con publicidad (artículo 167)
 - b) Procedimientos Negociados sin publicidad (artículo 168)
- iv. Diálogo Competitivo (artículo 172)
- v. Procedimiento de asociación para la innovación (artículo 177)
- vi. Concurso de Proyectos (artículo 183)

Nótese, que el redactado exacto del artículo 318, señala que se podrán adjudicar “*por cualquiera de los procedimientos*”, por tanto, la Ley no somete a los PANAP a las mismas exigencias que a las Administraciones Públicas, en el sentido de ofrecer la posibilidad de optar por uno u otro procedimiento a las primeras, sin los condicionantes a los que están sometidas las segundas. Ello explica que, en lo referente al Procedimiento Negociado sin publicidad, la Ley sí que especifique que quedará sujeto a las limitaciones que, en el artículo 168, se señalan. En consecuencia, la sociedad mercantil municipal, podría utilizar para este tipo de Contratos NO SARA, indistintamente, cualquier procedimiento de la Ley, a excepción del Negociado sin publicidad, que, para poder utilizarlo, deberá someterse a las mismas reglas que las Administraciones Públicas, y usarlo únicamente en los mismos casos que pueden hacerlos aquellas.

3) **Mención especial a los contratos de adjudicación directa (CAD)**

Como se ha señalado, el artículo 318 dispone que los Contratos NO SARA con umbrales superiores a los 40.000€ (Obras) o 15.000€ (Servicios y Suministros), pero inferiores a 5.548.000€ (Obras) o 221.000€ (Servicios y Suministros), deben ser licitados. Sin embargo, para los umbrales inferiores al importe mínimo de licitación, dispone la letra a) del referido artículo, que:

- a) *Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.*

Sobre la aplicación de lo dispuesto en esta letra, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Recomendación nº.32 de fecha 28 de febrero de 2018, se apresuró a pautar que, en realidad, a este tipo de contratos, le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley, para los llamados “*contratos menores*” de la Administración Pública. Conviene subrayar que, el artículo 118, se encuentra en la Sección 1ª del Capítulo I del Libro II de la Ley. Eso significa que, en la práctica, este tipo de contratos deberían contar con un expediente previo en los mismos términos y con las mismas exigencias que los establecidos para las Administraciones Públicas cuando contratan por debajo de esos mismos importes máximos. Esa posición no resulta sostenible. Así, el único argumento que usa la JCCE, se basa en que las cantidades de los “*contratos menores*” (CM) de las Administraciones Públicas, y las cantidades de los contratos de adjudicación directa (CAD) de las PANAP, son las mismas. Con esa posición, la JCCE crea una contradicción difícilmente defendible, y es el hecho que, para los CAD se exija un expediente previo, y para los NO SARA de mayor importe, no. Crea, igualmente, incoherencias, como el hecho de que con esa posición se exija un expediente, pero no un informe de insuficiencia de medios para contratos de servicios (que se encuentra en el 116 y no en el 118). Y es que, la letra a) del artículo 318, dice lo que dice, y si la Ley hubiera querido asimilar los CAD a los CM, como pauta la JCCE, hubiera remitido específicamente al artículo 118, o más genéricamente, a la Sección 1ª del Capítulo I del Libro II de la Ley, que regula la preparación de contratos, igual que lo hace en la letra b) para lo de mayor importe, o en el 317 para los SARA. Pero la Ley no lo hace, no remite ni asimila los CAD a los CM en su preparación, exigencias y limitaciones, es más, señala, literalmente, que “*podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato*”, reservando la aplicación de la Sección 1ª, donde se encuentra el artículo 118, únicamente, a la preparación de los SARA.

No obstante las precisiones realizadas en el párrafo anterior, la Sociedad mercantil municipal seguirá en parte la Recomendación nº.32 señalada, en lo que atañe a la superación de los límites por un mismo proveedor en el año presupuestario en curso (artículo 118.3), por entender que un sistema de control de desviación de la contratación directa, que es positivo para la gestión de la sociedad mercantil municipal, no porque ese esté de acuerdo con el contenido la citada Recomendación, que, cabe recordar, es de aplicación voluntaria a diferencia de los Informes Vinculantes de la misma JCCE.