

NORMATIVA APLICABLE A LA SOCIETAT MERCANTIL PÚBLICA MUNICIPAL

És la Llei 7/1985, d'1 d'abril, de Bases de Règim Local, la que, en el paràgraf 1 del seu article 85, fixa que les societats mercantils públiques municipals es regiran íntegrament, qualsevol que siga la seua forma jurídica, per l'ordenament jurídic **privat**, excepte les matèries en què els siga aplicable la normativa pressupostària, comptable, de control financer, de control d'eficàcia i contractació. Per tant, aquest tipus de societats mercantils, tenen dues fonts normatives que els són aplicables, les de Dret Privat, i les de Dret Públic.

L'aplicació del Dret privat.

Quant al règim jurídic general, resulta d'aplicació principalment el Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Societats de Capital, així com la normativa associada, com és el Reial decret 1784/1996, de 19 de juliol, del Reglament del Registre Mercantil, el Reial decret 1514/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Pla General de Comptabilitat.

Quant al règim jurídic laboral aplicable al **personal**, resulta d'aplicació, principalment, el Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, la seua normativa concordant, també quant al règim de Seguretat Social, i els pactes que, en matèria de Conveni Col·lectiu, resulte d'aplicació per raó de l'activitat. No obstant això, la remissió a l'Estatut dels Treballadors i l'àmbit de la negociació col·lectiva que, per raó de l'activitat, resulte d'aplicació, això no significa que les societats mercantils públiques municipals estiguen eximides de qualsevol mecanisme de control per raó de la seua naturalesa pública. Així, en aquest tipus de societats mercantils, l'ordenament jurídic prescriu que la contractació del personal, s'haja d'articular mitjançant un sistema que respecte els principis de mèrit, capacitat i igualtat. A més d'això, els resultaria d'aplicació els límits i restriccions en matèria de contractació de les Disposicions Addicionals 26a i 34a de la Llei 3/2017, de 27 de juny, de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2017.

L'aplicació del Dret públic.

La Llei, circumscriu la intervenció de normes de dret públic en les societats mercantils públiques municipals, a les següents matèries:

- pressupostària
- comptable
- control Financer i d'eficàcia
- contractació

Quant a la matèria **pressupostària**, s'ha d'entendre que les normes són les contingudes en el Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals. Els articles 162 i 163 de la citada norma, defineixen el concepte de "Pressupost General" de l'entitat local i els seus components, ordenant expressament, que formen part del mateix "les previsions d'ingressos i despeses de les societats mercantils en les quals el capital social pertany íntegrament a l'entitat local corresponent". A més d'aquesta previsió d'ingressos i despeses, en aquest Pressupost general, hauran d'incorporar-se com a annexos, (article 166) els programes anuals d'actuació, inversions i finançament de les societats mercantils del capital social siga titular únic o partícip majoritari l'entitat local. Per a l'adequat

compliment de tal finalitat, l'article 168 del Reial decret legislatiu 2/2004 esmentat, obliga les societats mercantils a remetre a l'organisme municipal corresponent, abans del dia 15 de setembre de cada any, aquestes previsions de despeses i ingressos, així com els ja esmentats programes anuals d'actuació, inversions i finançament per a l'exercici següent.

Quant a la matèria **comptable**, les societats mercantils en el capital de les quals tinguen participació total o majoritària les entitats locals estan sotmeses al règim de comptabilitat pública (article 200 Reial decret legislatiu 2/2004, citat), és a dir, en les mateixes condicions que ho està el propi Ajuntament. Però, a més, aquestes societats mercantils locals estan també obligades a adaptar-se a les disposicions del Codi de Comerç i altra legislació mercantil i al Pla General de Comptabilitat vigent per a les empreses espanyoles. Per tant, es tracta d'aplicar el Reial decret 1514/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Pla General de Comptabilitat.

Quant a la matèria de **control financer i d'eficàcia**, la primera norma de referència és també el Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals. A aquesta norma, cal afegir una segona, el Reial decret 424/2017, de 28 d'abril, pel qual es regula el règim jurídic del control intern en les entitats del Sector Públic Local, en vigor des d'1 de gener de 2018, però rellevant a partir d'1 de gener de 2019, puix que aqueix serà el primer exercici econòmic que se sotmetrà a les previsions de control contingudes en la citada norma.

No obstant això, el que es disposa en l'article 85.1, a més de les assenyalades, són també d'aplicació determinades normes de dret públic en altres matèries. Són matèries que se circumscriuen al funcionament dels òrgans de govern d'aquest tipus de societats (Junta General, Consell d'Administració i Gerència). El Decret de 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de Serveis de les Corporacions Locals, disposa en el seu article 90, que la direcció i administració de les societats mercantils locals, estarà a càrrec dels següents òrgans:

1. La Corporació, que assumirà les funcions de Junta General.
2. El Consell d'Administració.
3. La Gerència o director general.

Per tant, hi ha dues diferències amb el Dret Privat en aquesta matèria d'òrgans de direcció i administració. La primera, és que el Reglament de Serveis, afeg un òrgan més (la Gerència), als dos establits per la normativa de Dret Privat (Junta General i Consell d'Administració). La segona, és que la Junta General de la societat mercantil, s'identifica amb el Ple (el que es reafirma en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les Bases del Règim Local, en el seu article 127, que en relacionar les atribucions de la Junta de Govern Local, determina en la seua lletra m), que li correspon designar als representants municipals en els òrgans col·legiats de govern o administració dels ens, fundacions o societats, qualsevol que siga la seua naturalesa, en els quals l'Ajuntament siga partícip).

Finalment, la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, declara en el seu article 2.1 que les disposicions sobre transparència de l'activitat pública s'aplicaran, també, a les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, de les entitats locals siga superior al 50 per 100 Això significa que les companyies mercantils locals estan obligades a publicar de forma periòdica i actualitzada, la informació ho coneixement siga

rellevant per a garantir la transparència de la seua activitat relacionada amb el funcionament i control de l'actuació pública (article 5). Aquesta informació subjecta a les obligacions de transparència, ha de ser publicada en les corresponents seues electròniques o pàgines web i d'una manera clara, estructurada i comprensible per als interessats i, preferiblement, en formats reutilitzables. A més, assenyala la norma que tota la informació serà comprensible, d'accés fàcil i gratuït i estarà a la disposició de les persones amb discapacitat en una modalitat subministrada per mitjans o en formats adequats de manera que resulten accessibles i comprensibles, d'acord amb el principi d'accessibilitat universal i disseny per a tots.

Esment específic al règim de contractació amb tercers.

En matèria de contractació, la norma de referència és la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic. D'acord amb ella, les societats mercantils públiques municipals, formen part del grup de poders adjudicadors denominats PNAP (Poders Adjudicadors No Administracions Públiques), i es regulen específicament en el seu article 32, que estableix una sèrie de requisits d'acord amb els quals, si es reuneixen per la PNAP, rep la qualificació de "mig propi personificat". Això comporta que, els encàrrecs que reba de l'Ajuntament, no es consideraran contractes, i resultaran d'execució obligada per al "mitjà propi". Aquesta societat municipal, reuneix els requisits de l'article 32 de la citada Llei 9/2017, sent, per tant, mig propi de l'Ajuntament titular ple de la seua Capital Social.

La referenciada Llei 9/2017, de Contractes del sector Públic, estableix la subjecció de les societats mercantils públiques municipals a la normativa sobre Contractació Pública, en la part que corresponga a la preparació i adjudicació del contracte, quedant subjecta al Dret Privat, allò que concerneix els efectes (excepte modificació) i extinció del contracte. Aquesta especial circumstància, té el seu corresponent reflex en les jurisdiccions judicials que coneixeran de la problemàtica contractual derivada de les societats mercantils públiques municipals. En conseqüència, si la controvèrsia versa sobre la preparació i adjudicació, serà competent la jurisdicció contenciós-administrativa, mentre que, si la conflictivitat sorgeix en seua d'efectes i extinció, correspondrà a la jurisdicció ordinària. Els PNAP, presenten, a més, les següents especialitats en matèria de contractació, que marca la diferència del règim aplicable a les Administracions Públiques:

1) Respecte a l'òrgan de contractació

D'acord amb el règim especial de les PANAP, no els resulten d'aplicació les disposicions relatives a Mesa de contractació i resta de condicionants propis de les Administracions Públiques. En conseqüència, exercirà d'òrgan de contractació, l'òrgan que, de conformitat amb les normes i estatuts de cada PANAP, tinga atribuïdes aquestes funcions. De conformitat amb els estatuts de la societat mercantil, es pot considerar que, serà la Gerència, la que exercisca les funcions pròpies de l'òrgan de contractació. D'acord amb això, la configuració de l'òrgan de contractació en la Societat mercantil municipal, seria la següent:

- Partides contingudes en el Pressupost Anual (partides pressupostàries):
Gerència/Direcció General
- Partides NO contingudes en el Pressupost Anual (partides extrapressupostàries): **Consell d'Administració**. En aquest cas, per tant, les tasques pròpies de la Mesa de contractació de l'article 326 de la Llei 9/2017 en

matèria d'obertura de sobres de documentació administrativa i gestions habilitants de la presa de decisió, podrien ser executades per la Gerència, reservant la decisió a l'òrgan de contractació.

2) Respecte als contractes amb licitació

D'acord amb el règim especial de contractació pública de les PANAP, i més específicament, conforme al que prescriuen els articles 317 i 318, en aquestes entitats, han de ser objecte de licitació, tots aquells contractes les quanties dels quals, superen els següents llindars:

- a) Contractes d'Obres: igual o superior a 40.000 euros
- b) Contractes de Subministraments i Serveis: igual o superior a 15.000 euros

Superades perquè, aquestes quantitats, el contracte haurà de sotmetre's a les regles i procediments de licitació recollits en la Llei. Existeix, no obstant això, dins del col·lectiu de contractes que superen aqueixos llindars, i que, per tant, han de ser objecte de licitació, una segona distinció, entre:

- 1. Contractes Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes SARA)**
- 2. Contractes NO Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes NO SARA)**

La distinció, torna a pivotar sobre els llindars del seu valor estimat, així:

1. Els Contractes Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes SARA), per a la Societat mercantil municipal, seran els contractes el valor estimat dels quals, calculat conforme a les regles de la pròpia Llei 9/2017, siga igual o superior a les quanties següents:

- i. Contractes d'Obres: igual o superior a 5.548.000 euros
- ii. Contractes de Subministraments i Serveis: igual o superior a 221.000 euros

En aquest tipus de contractes, la nota dels quals veritablement distintiva, és el seu valor, la clau és la publicació de la licitació corresponent, ja que ha de realitzar-se en el DOUE, per a garantir així, una lliure concurrència d'operadors econòmics en l'àmbit de la Unió Europea.

La preparació i adjudicació d'aquests contractes SARA que concerta la societat mercantil municipal, i per expressa disposició de l'article 317, haurà de regir-se per les normes establides en les Seccions 1a i 2a del Capítol I del Títol I del Llibre II de la Llei. Això significa, que, en la seua tramitació, resultaran d'aplicació normes que, només s'aplicaran als SARA i no a la resta de contractes. Aqueixes normes, són les contingudes en la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei, i impliquen la necessitat d'articular un expedient previ de contractació (amb els seus corresponents informes justificatius, aprovació de la despesa, etc.), així com la possibilitat de realitzar tramitacions d'urgència o d'emergència.

Cal entendre que, per les quanties assenyalades, i en atenció al pressupost de la societat mercantil municipal, i les partides que es contenen en relació amb els contractes amb tercers, els Contractes SARA no seran utilitzats per la Societat mercantil municipal,

excepte en supòsits excepcionals en el qual es compte amb un finançament extraordinari per a un projecte molt específic.

2. Per part seua, els **Contractes NO Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes NO SARA)**, seran tots aquells contractes d'obres, subministraments o serveis, que subscriba la societat mercantil municipal, amb valors estimats inferiors als llindars anteriorment assenyalats per als SARA.

De conformitat amb el que es disposa en la lletra b) de l'article 318 de la Llei 9/2017, aquest tipus de contractes amb llindars superiors als 40.000€ (Obres) o 15.000€ (Serveis i Subministraments), però inferiors a 5.548.000€ (Obres) o 221.000€ (Serveis i Subministraments), es podran adjudicar per qualsevol dels procediments previstos en la Secció 2a del Capítol I del Títol I del Llibre Segon de la Llei, amb excepció del procediment negociat sense publicitat, que únicament es podrà utilitzar en els casos previstos en l'article 168.

Per tant, per a aquesta tipologia de contractes NO SARA, no serà exigible l'expedient previ de contractació com succeeix amb els SARA (la Secció 1a), resultant només d'aplicació, la Secció 2a del Capítol I del Llibre II de la Llei, això és, les normes relatives als procediments de licitació. Això es tradueix que, les licitacions de la Societat mercantil municipal, podran portar-se a terme, per qualsevol dels següents procediments:

- i. Procediment Obert Ordinari (article 156), distingint al seu torn, dins d'aquest tipus de procediment, entre:
 - a) Procediment Obert Simplificat (article 159)
 - b) Procediment Obert Simplificat de tramitació reduïda, o també denominat procediment sumari (article 159.6)
- ii. Procediment restringit (article 160)
- iii. Procediments amb Negociació, distingint dins d'ell, entre:
 - a) Procediments Negociats amb publicitat (article 167)
 - b) Procediments Negociats sense publicitat (article 168)
- iv. Diàleg Competitiu (article 172)
- v. Procediment d'associació per a la innovació (article 177)
- vi. Concurs de Projectes (article 183)

Note's, que el redactat exacte de l'article 318, assenyalava que es podran adjudicar "per qualsevol dels procediments", per tant, la Llei no sotmet als PANAP a les mateixes exigències que a les Administracions Públiques, en el sentit d'oferir la possibilitat d'optar per l'un o l'altre procediment a les primeres, sense els condicionants als quals estan sotmeses les segones. Això explica que, referent al Procediment Negociat sense publicitat, la Llei sí que especifique que quedarà subjecte a les limitacions que, en l'article 168, s'assenyalen. En conseqüència, la societat mercantil municipal, podria utilitzar per a aquest tipus de Contractes NO SARA, indistintament, qualsevol procediment de la Llei, a excepció del Negociat sense publicitat, que, per a poder utilitzar-ho, haurà de sotmetre's a les mateixes regles que les Administracions Públiques, i usar-ho únicament en els mateixos casos que poden fer-los aquelles.

3) Esmert especial als contractes d'adjudicació directa (CAD)

Com s'ha assenyalat, l'article 318 disposa que els Contractes NO SARA amb llinars superiors als 40.000€ (Obres) o 15.000€ (Serveis i Subministraments), però inferiors a 5.548.000€ (Obres) o 221.000€ (Serveis i Subministraments), han de ser licitats. No obstant això, per als llinars inferiors a l'import mínim de licitació, disposa la lletra a) del referit article, que:

a) Els contractes de valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracte de contractes d'obres, de concessions d'obres i concessions de serveis, o a 15.000 euros, quan es tracte de contractes de serveis i subministraments, podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació objecte del contracte.

Sobre l'aplicació del que es disposa en aquesta lletra, la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat, en la seua Recomanació n^a.32 de data 28 de febrer de 2018, es va afanyar a pautar que, en realitat, a aquest tipus de contractes, li resulta d'aplicació els disposat en l'article 118 de la Llei, per als anomenats "contractes menors" de l'Administració Pública. Convé subratllar que, l'article 118, es troba en la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei. Això significa que, en la pràctica, aquest tipus de contractes haurien de comptar amb un expedient previ en els mateixos termes i amb les mateixes exigències que els establits per a les Administracions Públiques quan contracten per davall d'aqueixos mateixos imports màxims. Aqueixa posició no resulta sostenible. Així, l'únic argument que usa la JJCE, es basa en que les quantitats dels "contractes menors" (CM) de les Administracions Públiques, i les quantitats dels contractes d'adjudicació directa (CAD) de les PANAP, són les mateixes. Amb aqueixa posició, la JJCE crea una contradicció difícilment defensable, i és el fet que, per als CAD s'exigisca un expedient previ, i per als NO SARA de major import, no. Crea, igualment, incoherències, com el fet que amb aqueixa posició s'exigisca un expedient, però no un informe d'insuficiència de mitjans per a contractes de serveis (que es troba en el 116 i no en el 118). I és que, la lletra a) de l'article 318, diu el que diu, i si la Llei haguera volgut assimilar els CAD als CM, com a pauta la JJCE, haguera remés específicament a l'article 118, o més genèricament, a la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei, que regula la preparació de contractes, igual que ho fa en la lletra b) per a això de major import, o en el 317 per als SARA. Però la Llei no ho fa, no remitent ni assimila els CAD als CM en la seua preparació, exigències i limitacions, és més, assenjala, literalment, que "podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació objecte del contracte", reservant l'aplicació de la Secció 1a, on es troba l'article 118, únicament, a la preparació dels SARA.