



INFORME 4/2018, DE 11 DE ABRIL, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: PROYECTO DE LEY DE COOPERATIVAS DE EUSKADI

I.- ANTECEDENTES.

La Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, reserva a la Comunidad Autónoma de Euskadi en el artículo 10.23 la competencia exclusiva en Cooperativas, Mutualidades no integradas en la Seguridad Social y Pósitos conforme a la legislación general en materia mercantil.

La Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (en adelante, Ley 4/1993) dio forma legal a dicha competencia en lo que a las cooperativas se refiere.

Posteriormente, el Decreto 58/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi (Decreto 58/2005) constituyó el desarrollo reglamentario general de la citada Ley.

Y a la materia le han afectado también distintas regulaciones ulteriores:

- En lo relativo a la organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi, el Decreto 59/2005, de 29 de marzo
- Decreto 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública
- Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las cooperativas de iniciativa social
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (estatal)
- Ley 22/2003, de 9 de julio concursal (estatal).
- Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi.

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

Por otra parte, el Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos en su artículo 16.1.b) recoge entre las funciones y áreas de actuación del Departamento de Trabajo y Justicia la “economía social: cooperativas, sociedades anónimas laborales y economía solidaria”.

Por último, conforme al Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Justicia, en su artículo 10.e), a la Dirección de Economía Social le corresponde “proponer al Consejero o a la Consejera innovaciones en el ámbito legislativo, y modificaciones de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, para un mejor funcionamiento del sector”.

El objetivo de este proyecto de Ley es refundir en un único texto las materias dispersas en la regulación mencionada que se considera deben tener rango legal, además de la “armonización, fundamentalmente terminológica y de identidad de razón y solución jurídicas, en unos casos y, en otros, de aclaración respecto de aquellos elementos normativos que pudieren adolecer de inconcreción o suscitar duda en su aplicación”. Así pues, el texto no viene a introducir modificaciones significativas sobre la regulación preexistente.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.- Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

El proyecto de Ley consta de 4 títulos, 15 capítulos y 18 secciones; y una parte final formada por 7 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias, 1 derogatoria y 5 disposiciones finales.

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Destacan del articulado del proyecto, y por lo que a lo que este informe debe examinar se refiere, las referencias a la contratación pública recogidas en los siguientes artículos:

- Mencionamos para aclarar su ausencia de efecto en dicha contratación los siguientes apartados del artículo 8:

“2.- De los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro de Cooperativas de Euskadi responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, salvo que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, a la posterior asunción de los mismos por parte de la cooperativa.

[...]

4.- Inscrita la cooperativa, ésta quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado precedente. También quedará obligada por aquellos actos y contratos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de las personas promotoras, gestoras o mandatarias.”

Son válidas estas prevenciones ya que se refieren a los actos y contratos, de carácter privado, llevados a cabo o suscritos con objeto de proceder a la constitución e inscripción de la cooperativa, por lo que como decimos a pesar de referirse a contratos, no tendrán efectos en contratación pública.

- En el Título II, Capítulo I, sobre las clases de cooperativas, y dentro de la Sección 2ª (Cooperativas de trabajo asociado), el artículo 103, en su apartado 4, contiene la siguiente regulación:

“4.- Aun cuando la finalidad de las cooperativas de trabajo asociado es la de prestación del trabajo de las personas socias, proporcionándoles empleo, podrán realizar contratos de trabajo por cuenta ajena, cuyo número de horas/año no podrá ser superior al 30 por 100 del total de horas/año de trabajo realizadas por las personas socias trabajadoras. Si las necesidades objetivas de la empresa obligaran a superar este porcentaje, ello será válido para un período que no exceda de tres meses. Para superar dicho plazo deberá

solicitarse autorización motivada al departamento del Gobierno Vasco competente en materia de trabajo, que ha de resolver en un plazo de quince días y en caso de silencio se entenderá concedida la autorización.

No se computarán en este porcentaje:

[...]

i) Las personas trabajadoras incorporadas como consecuencia de un contrato de la cooperativa con la administración o con empresas, consorcios, fundaciones y demás entidades participadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas.

[...]”

Y el apartado 9 del mismo artículo:

“9.- De conformidad con lo establecido en el artículo 86.2 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, cuando una cooperativa de trabajo asociado cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciese cargo de ésta, las personas socias trabajadoras que vinieran desarrollando su actividad en la misma tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido, de acuerdo con la normativa vigente, si hubieran prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de personas trabajadoras por cuenta ajena.

Las personas trabajadoras que se hallaran en la situación del párrafo anterior tendrán, durante un plazo de cinco años, derecho preferente de reingreso en su cooperativa de origen si en ésta se crearan nuevos puestos de trabajo de contenido similar al que ocupaban.”

Siendo éstas disposiciones que no afectan a la contratación pública en sí, sino a los efectos relativos a Derecho Laboral y Mercantil colindantes con la misma pero en los que ésta no puede establecer obligaciones de ninguna índole, no parece que haya inconveniente en la redacción que se propone. Hay sin embargo que tener en cuenta lo que dice la LCSP en materia de subrogación, que hace una referencia directa a las cooperativas:

“Artículo 130. *Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.*

1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.”

Es decir, nada obsta a que una norma legal imponga una subrogación de personas trabajadoras, pero siempre con los límites que el Derecho Laboral y la propia legislación de contratos permitan.

- La Sección 12ª del mencionado Capítulo I del Título II, sección que versa sobre las Cooperativas de integración social e inserción, contiene dos artículos que es necesario transcribir aquí:

“Artículo 133.- Cooperativas de integración social.

1.- Las cooperativas de integración social estarán constituidas, al menos mayoritariamente, por personas afectadas por diversidad funcional física, psíquica y/o sensorial, y podrán basarse en el trabajo asociado para organizar, canalizar y comercializar los productos y servicios del trabajo de las personas socias o ir dirigidas a facilitar la provisión de bienes y servicios de consumo general o específicos.

2.- En las cooperativas de integración social podrán participar como socias entidades públicas responsables de la prestación de cualesquiera servicios sociales mediante la correspondiente aportación y la designación de un representante de las entidades públicas. Este representante prestará su trabajo personal de asistencia técnica, profesional y social junto a las personas socias de la cooperativa y asistirá con voz a las reuniones de todos los órganos sociales.

3.- Las Cooperativas de integración social podrán realizar contrataciones por cuenta ajena con los colectivos que le otorgan su carácter, en las mismas condiciones que otras empresas, no siéndoles de aplicación los límites que establece el párrafo primero del apartado 4 del artículo 103 de la presente Ley respecto a dichas personas trabajadoras.

Artículo 134.- Cooperativas de inserción.

1.- Son Cooperativas de inserción las que, desarrollando cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, tengan como fin la formación e integración socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito a su integración en el mercado de trabajo ordinario.

2.- Las Cooperativas de inserción podrán realizar contrataciones por cuenta ajena, con los colectivos que le otorgan su carácter, en las mismas condiciones que otras empresas, no siéndoles de aplicación los límites que

establece el párrafo primero del apartado 4 del artículo 103 de la presente Ley respecto a dichas personas trabajadoras.”

Aquí es necesario traer a colación la labor de los Centros Especiales de Empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad y de las empresas de inserción, así como los programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LCSP, o la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones de conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP. En todo ello ha de tenerse en cuenta la regulación del Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; y la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

Así, el artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social dice:

«4. Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.»

Nada obsta por tanto para que las cooperativas mencionadas en los artículos

133 y 134 del Proyecto de Ley desempeñen esa labor, de acuerdo con la normativa que se menciona, y que no entra dentro del ámbito de examen de este informe. Sí cabe mencionar sin embargo el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 13 de marzo de 2018, por el que se aprueban instrucciones sobre los contratos reservados, cuyos objetivos pueden lograrse entre otros con la con contratos reservados a estos tipos de cooperativas.

Posteriormente, el Título III del Proyecto trata de “Las cooperativas y la Administración”.

Es en su artículo 146 (“Medidas de fomento y difusión del cooperativismo”) donde encontramos referencias directas a la contratación pública, del siguiente tenor:

“2.- Especialmente, se adoptarán las siguientes medidas de fomento:

[...]

- d) Las Administraciones Públicas vascas y los entes dependientes de ellas promoverán que, entre los criterios de desempate que se recojan en los pliegos de cláusulas administrativas, figure el derecho preferente de las sociedades cooperativas en la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros convocados por las mismas, en los términos de la legislación sobre contratos del sector público.

[...]

- g) Las cooperativas de viviendas, para el cumplimiento de sus fines sociales, podrán adquirir terrenos de gestión pública por el sistema de adjudicación directa.

[...]

- i) La Administración Pública Vasca adoptará medidas tendentes a fomentar la presencia, cuantitativa y cualitativa, de las entidades cooperativas en sectores como el desarrollo rural, la dependencia, la integración social y la actividad prestacional; favoreciendo su participación en los procedimientos de contratación pública, en el ejercicio de sus competencias.”

Respecto a la letra d) mencionada, el art. 147.1 LCSP admite que entre los criterios de desempate se recojan en los pliegos –y siempre si están vinculados al objeto del contrato- los referidos a proposiciones “de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración” (y a tal efecto debería examinarse el carácter de las cooperativas de trabajo asociado y las de segundo o ulterior grado, especialmente, que pudieran cuadrar en ese tipo de empresas, extremo éste que no compete a esta Junta). Es un criterio que opcionalmente puede marcar el órgano de contratación en los pliegos, sólo uno entre los varios que ofrece el apartado. Además, el apartado 2 establece subsidiariamente una serie de criterios para el caso de que no se refleje por el órgano de contratación en pliegos ninguno de dichos criterios del apartado 1.

Respecto al apartado g), la “adjudicación directa” que menciona respecto a la adquisición de terrenos de gestión pública por cooperativas de viviendas para el cumplimiento de sus fines sociales, ha de ponerse en concordancia con el texto del artículo 9 LCSP, que reza así:

“Artículo 9. Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

1. Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.
2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio

y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.”

No se ve por tanto obstáculo a su tramitación lejos de la legislación de contratación pública, lo que permitiría su adjudicación directa, si bien habrá que estar por un lado a los principios comunitarios de la contratación, entre los que es pilar básico la concurrencia, y por otro a lo que indique al respecto la legislación patrimonial. Habiéndose solicitado igualmente informe al Área de Patrimonio de la Dirección de Patrimonio y Contratación, se pronunciará al respecto.

El punto i) es de carácter imperativo, si bien impreciso, por lo que será difícil su plasmación en pliegos, circulares o recomendaciones de contratación pública. De todos modos, la participación en los procesos de contratación pública, de acuerdo con los principios de transparencia y libre concurrencia, y tal y como está diseñada la LCSP no sólo no se ve obstaculizada, sino favorecida con la reducción significativa de los contratos que no requieren de publicidad, y las medidas a favor de las PYMEs, ostentando muchas cooperativas este carácter.

Pero no son las antedichas las únicas menciones que el artículo 146 hace a la contratación pública. Así, en su apartado 3:

“3.- Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con la finalidad de desarrollar y mejorar los servicios públicos, estimularán la creación de cooperativas y su participación en la gestión de los servicios públicos.

En tal sentido, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, los mencionados poderes podrán prever que la prestación de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos, de conformidad con las disposiciones de carácter legal y reglamentario que regulan el régimen de contratación pública; excluyendo, en todo caso, la prestación de servicios públicos que exijan el ejercicio de autoridad pública. En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso y de acuerdo con los principios generales de contratación pública, entidades privadas con experiencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios

públicos”.

Ha de señalarse que con la LCSP la figura contractual de la gestión de servicios públicos desaparece, siendo sustituida, según se transmita o no el riesgo, por el contrato de concesión de servicios o el de servicios, respectivamente. Sin embargo, se entiende el concepto de “participación en la gestión de los servicios públicos” que el primer párrafo contiene.

Pero del mismo modo que antes, ha de decirse que las cooperativas habrán de participar en condiciones de igualdad al resto de operadores económicos, y gestionarán servicios públicos en la medida en que cumplan los requisitos de participación en los procesos y presenten la mejor oferta.

Así también, la constitución de cooperativas de servicios públicos, si bien no tendría objeción como tal, se encuentra con la problemática de cómo se seleccionarían las “entidades privadas con experiencia demostrada en el sector” que podrían formar parte de ellas. Efectivamente, debería ser “de acuerdo con los principios generales de la contratación pública”, y no sólo eso sino de acuerdo con su normativa, lo que no parece sencillo. Ni qué decir tiene que “las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad” también deben acceder a ella en las condiciones de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir todas las actuaciones públicas de contratación de personal, si bien es ésta otra cuestión que compete a quien en su caso debería elaborar el correspondiente informe.

El último inciso del artículo, que dice “No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos”, si bien una vez más un tanto impreciso, requeriría además de las consideraciones que fuesen pertinentes sobre la articulación de mecanismos adecuados de control si en su caso se pudiese tratar de una cooperativa público-privada.

Esto entronca con el artículo 147 del Proyecto de Ley, que otorga al “departamento del Gobierno Vasco competente en materia de trabajo ejercer la función inspectora en relación con el cumplimiento de la presente Ley, sin perjuicio de las funciones inspectoras que correspondan a los distintos departamentos del Gobierno Vasco o a otras Administraciones públicas conforme a sus respectivas competencias.”



Por último, el artículo 154, dice en su apartado 1, que el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi se configura "como una entidad pública de carácter consultivo y asesor de las administraciones públicas vascas para todos los temas que afecten al cooperativismo". Se sugiere la inclusión de un inciso en el párrafo del siguiente tenor:

"... sin perjuicio de las facultades que en materia de contratación corresponden a la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi".

Se entiende conveniente también las precisiones que igualmente competan a otro órganos consultivos de esta Comunidad Autónoma.

V.- CONCLUSIONES.

Dicho todo ello, se informa favorablemente el proyecto de Ley.