



**ESTUDIO JURÍDICO PARA EL
AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA
SOBRE EL DESARROLLO DE
UNA COMERCIALIZADORA
MUNICIPAL DE ENERGIA
ELÉCTRICA**

Indice

Planteamiento de la consulta	p3
Comercializadora eléctrica como medio propio	p4
Modelos de gestión democrática de la comercializadora	p20
Riesgos relacionados con las garantías exigidas en el sector eléctrico	p46
Contratación bilateral con la MCP	p53
Conclusiones	p60

ESTUDIO JURÍDICO PARA EL AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA
SOBRE EL DESARROLLO DE UNA COMERCIALIZADORA
MUNICIPAL DE ENERGIA ELÉCTRICA

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con el fin de abordar adecuadamente el presente estudio jurídico y delimitar su objeto, debemos partir de la premisa fundamental según la cual la finalidad perseguida por el Ayuntamiento de Pamplona que lo ha motivado consiste esencialmente en alcanzar los objetivos ya delimitados mediante Decreto de Alcaldía desde el mes de Septiembre de 2015 y que son, literalmente, *"la creación de una comercializadora municipal de la energía, que gestione la instalación fotovoltaica actual, que facilite la instalación de energía verde, que promueva activamente la vinculación en red de los nuevos productores y que reinvierta parte de los ingresos generados en programas para paliar la pobreza energética"*, y ello para cubrir el suministro de alumbrado público del municipio, en una primera fase, para luego añadir el suministro eléctrico de los edificios de propiedad municipal y, finalmente, en un último estadio, poder proveer de dicha energía a los consumidores privados.

Más concretamente, la consulta del Ayuntamiento va dirigida a que, desde esta perspectiva, se lleve a cabo un análisis de los distintos mecanismos jurídicos existentes hoy en día en el ordenamiento jurídico estatal y autonómico para dar forma y materializar dichos objetivos, en el bien entendido de que una de las prioridades del Consistorio consiste, asimismo, en incorporar al ente que se acabe definiendo la participación ciudadana y de las personas trabajadoras en los espacios de decisión de la misma para garantizar o, al menos, favorecer una gestión democrática del mismo.

II.- LA COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA COMO UN MEDIO PROPIO O ENTE INSTRUMENTAL DEL AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA.

Las diversas conversaciones mantenidas con los responsables del Ayuntamiento de Pamplona y que han precedido a la elaboración de este informe, nos lleva a concluir que, en lo relativo a la naturaleza y estructura de la futura comercializadora eléctrica municipal, es de su interés que la misma sea considerada, de entrada, un "**medio propio**" o "**ente instrumental**" del Consistorio.

Esta noción, que se enmarca en la denominada "contratación doméstica" ("*in house providing*", en su expresión inglesa), se refiere al empleo por parte de las Administraciones públicas de entidades instrumentales a las que se encomienda de

manera directa la realización de determinadas actividades que serían propias de los contratos del sector público, esto es, básicamente obras, servicios o suministros.

Esta encomienda directa de encargos a entes instrumentales de la Administración permite, en principio, eludir en cierta manera el régimen derivado de las Directivas comunitarias y de las normas estatales de contratación pública, de tal manera que la adjudicación de dichos encargos, en forma de contratos, se realiza al margen de los mecanismos basados en la libre competencia que se establecen en dicha normativa aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas, al entenderse que esos contratos no van más allá de la esfera jurídica de la Administración, a diferencia de lo que sucede con aquellos que se adjudican a entidades privadas.

En la actualidad, el ordenamiento jurídico recoge la figura del "medio propio" en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, "la LCSP"), la mayor parte de la cual ha sido dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica aplicable en materia de contratos y concesiones administrativas, según así lo establece el artículo 149.1.18ª de la Constitución, lo que supone el establecimiento de un mínimo común denominador normativo que en todo caso debe ser respetado por las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, tratándose particularmente de una consulta planteada por el

Ayuntamiento de Pamplona, es del todo relevante significar que la Comunidad Foral de Navarra goza de una situación singular en la medida en que **el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado, limitación que deben considerarse extensible a las reglas contenidas en las Directivas emanadas de la Unión Europea.**

Es por ello que, sin perjuicio de mentar la normativa del Estado en materia de contratación en el sector público -la ya citada LCSP-, el punto de partida normativo a la hora de despachar la consulta planteada no puede ser otro que la **Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra**, dictada al amparo de aquella competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra (a partir de ahora, "la LFCP").

Más concretamente, debemos circunscribir nuestro análisis al artículo 8 de la LFCP, que, bajo la rúbrica "*Encargos a entes instrumentales considerados medios propios*", establece en primer lugar en su apartado 1 que:

"La presente Ley Foral no será de aplicación a los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, asistencia y concesiones de

obras o servicios que las entidades sometidas a esta Ley Foral realicen a sus entes instrumentales, siempre que dichos encargos se realicen de conformidad con este artículo. Los encargos a entes instrumentales con infracción de lo dispuesto en este artículo serán sancionados con nulidad de pleno derecho'.

Los requisitos que dichas entidades con personalidad jurídica diferenciada deben reunir para que puedan ser consideradas como "medios propios" de la Administración vienen regulados en el apartado 2 de este artículo, de forma similar a como asimismo se establece a nivel estatal en el artículo 24.6 de la LCSP. Esos artículos 8.2 de la LFCP y 24.6 de la LCSP plasman, en definitiva, las exigencias que en esta materia ha ido construyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el año 1999 y que se han ido incorporando progresivamente a las Directivas comunitarias aplicables en materia de contratación pública.

Pero antes de entrar en el análisis del citado artículo 8.2 de la LFCP, y de los requisitos que establece para definir la figura de los "medios propios", con carácter previo debemos destacar especialmente la nueva directiva de contratación pública aprobada el año 2014, esto es, la **Directiva 2014/24/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, puesto que introdujo una regulación más detallada de aquella noción de "contratación doméstica" o de "medio propio" a la que nos acabamos de referir, mediante la positivización de las aportaciones más recientes

realizadas al respecto por aquella jurisprudencia comunitaria.

La mayor parte del contenido de la Directiva 2014/24/UE debía transponerse al ordenamiento jurídico español y navarro no más tarde del pasado 18 de abril de 2016, obligación que fue incumplida por el Estado como por la Comunidad Foral de Navarra, ya que con anterioridad a dicha fecha los respectivos Gobiernos central y autonómico deberían haber preparado un proyecto de ley con dicha finalidad para que, acto seguido, fuera tramitado y aprobado por sus Parlamentos.

Tal incumplimiento supuso que a partir de ese momento la Directiva generara en España y en Navarra lo que se denomina el "EFFECTO DIRECTO", institución llamada a garantizar que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no sea desvirtuado por una eventual inexecución de las Directivas por parte de un Estado miembro. Ese "efecto directo" implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, aquellos de sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, lo cual vincula a todas las autoridades administrativas y órganos judiciales del Estado.

Ello no obstante, el pasado 2 de diciembre de 2016 apareció publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el **Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público** elaborado por el Gobierno central y con el que finalmente pretende, aunque de forma tardía, iniciar los trámites tendentes a llevar a cabo dicha transposición. Este proyecto de ley, una vez sean introducidas las pertinentes enmiendas por parte de las Cámaras Legislativas -Congreso de los Diputados y Senado- y se produzca su aprobación definitiva, supondrá, a nivel estatal, la derogación de la actual LCSP y la sustituirá.

A fecha de hoy no nos consta que tal iniciativa para transponer la Directiva comunitaria de 2014 se haya producido en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, aunque parece razonable -y aconsejable- pensar que la adaptación de la LFCP a dicha Directiva se producirá a corto plazo.

Es por todo ello que a partir de ahora también haremos alusiones puntuales a la Directiva 2014/24/UE y, más residualmente, al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (a partir de ahora, "el Proyecto de LCSP") en aquellos aspectos que pudieran ser de relevancia a los efectos de este informe, sin olvidar que el Proyecto de Ley todavía puede ser objeto de no pocas modificaciones hasta que sea aprobado su texto definitivo por las Cortes Generales y que, sobre todo, **en Navarra debe prevalecer en todo caso la LFCP (foral) por encima de la LCSP (estatal).**

Hecha esta importante salvedad, y volviendo al artículo 8.2 de la LFCP todavía vigente, a continuación desmenuzaremos el contenido de este precepto, con el fin de extraer y delimitar con claridad cuáles son los requisitos que inexcusablemente deben concurrir en un "medio propio" para que, legalmente, pueda ser considerado como tal:

> **1º.-** En primer lugar, el artículo 8.2 nos dice que en el ente instrumental dotado de personalidad jurídica diferente de las entidades que realizan los encargos debe concurrir una "ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades que realizan los encargos, al ejercer éstas un **control análogo** al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido entendiendo que concurre el requisito del "**CONTROL ANÁLOGO**" en los casos en los que el poder adjudicador -en nuestro caso, el Ayuntamiento de Pamplona-, ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada -la comercializadora eléctrica municipal-, es decir, una dirección efectiva de los asuntos.

Según la jurisprudencia comunitaria, esta influencia determinante pasa, entre otros criterios, por que (i) la Administración posea el 100% del capital de la entidad instrumental; por que (ii) la Administración controladora tenga

facultades para impartir instrucciones a la entidad encomendada y para ejercer labores de vigilancia; o por que (iii) la entidad instrumental esté obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos y no tenga la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

En relación a este requisito del "control análogo", la Directiva 2014/24/CE establece en su artículo 12.1. que se considerará que existe cuando el poder adjudicador -el Ayuntamiento- "ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada"; y el Proyecto de LCSP, en su artículo 32.2.a), añade que para entender que concurre ese "control análogo" los encargos deben ser "de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecer los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo".

La LFCP no establece ningún criterio orientador al respecto. Sí lo hace, en cambio, el referido artículo 24.6 de la LCSP, cuando estipula que:

"En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por

el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan".

Debe destacarse, asimismo, a título ilustrativo, que el Proyecto de nueva LCSP también estipula, como una regla aplicable en todo caso a los medios propios, que *"la compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa" y que "dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados"*.

> **2º**.- En segundo lugar, el artículo 8.2 de la LFCP también exige como condición de toda entidad instrumental (la comercializadora eléctrica) que "**LA PARTE ESENCIAL DE SU ACTIVIDAD la realicen para las entidades que realizan los encargos**" (el Ayuntamiento).

Respecto a este requisito, y toda vez que ni la jurisprudencia comunitaria ni la LFCP han determinado de manera más o menos precisa cuándo puede considerarse que el ente desempeña la parte esencial de su actividad para un poder público, debemos estar a lo establecido por la Directiva 2014/24/CE en su artículo 12.1.b), cuando exige más concretamente "**que MÁS DEL 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el**

ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador".

En virtud del "efecto directo" de las Directivas comunitarias al que antes nos hemos referido, debemos entender que lo exigido por ese artículo 12.1.b) de la Directiva 2014/24/CE es de plena aplicación a nuestro ordenamiento jurídico desde la fecha en que finalizó el plazo para transponer su contenido, que como ya hemos expuesto fue el 18 de abril de 2016.

En este sentido, el pasado 1 de marzo de 2016 los Tribunales Administrativos de Contratación Pública de España elaboraron y aprobaron de manera consensuada un documento por el que fijaban conjuntamente diversos criterios interpretativos que permitieran resolver las dudas que podía generar el efecto directo de la Directivas de contratación pública (entre ellas, la Directiva 2014/24/CE) ante su falta de transposición en plazo. En él, en cuanto al requisito del 80% fijado en el artículo 12.1.b) que acabamos de comentar, **se afirma que esta exigencia, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 de la LCSP -ni tampoco como hemos visto en el artículo 8.2 de la LFCP- no se opone a su contenido y es suficientemente clara, precisa e incondicionada para apreciar que goza de efecto directo.**

Por tanto, **debemos entender que la futura adaptación de la LFCP que acometa el Parlamento navarro necesariamente deberá recoger este requisito que contempla la Directiva comunitaria, ya que en todo caso es vinculante y genera ya plenamente sus eficacia jurídica.**

En este sentido, apuntar que el Proyecto estatal de LCSP sigue el criterio de la Directiva en este punto y concreta en el mismo porcentaje el requisito según el cual la parte esencial de la actividad del medio propio debe desarrollarse para la entidad respecto a la cual tiene tal condición, cuando en su artículo 32.2.b) estipula que una de las exigencias que en cualquier caso debe satisfacer un "medio propio" es "***que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.***

Así pues, de esta forma, el "medio propio" podrá prestar servicios, hasta un límite máximo del 20% de su actividad, con operadores privados.

Para el cálculo de este requisito, el artículo 12.5 de la Directiva 2014/24/CE estipula lo siguiente:



"Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio".

> **3º.-** En tercer lugar, el artículo 8.2 de la LFCP obliga a que si dicho medio propio adquiere la forma de un ente jurídico-privado, **la totalidad de su capital tiene que ser de titularidad o aportación pública**. Así pues, con esta previsión se deja fuera del concepto jurídico de "medio propio" a las sociedades de capital mixto, para limitarlo únicamente a aquellas entidades que estén enteramente en manos públicas, **sin que, por otro lado, parezca**



que sea un obstáculo que el capital se halle en posesión de una única Administración o de varias, por lo que en principio no habría ningún inconveniente legal en que el medio propio fuera compartido por diversas Administraciones Públicas.

En relación con este requisito, debe destacarse que la Directiva 2014/24/CE prevé expresamente la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea puedan permitir la participación de capital privado en esos "medios propios", aunque sometida a estrictas condiciones (art. 12.1.c), a saber: cuando la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada sea obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de ésta.

No obstante, en el documento aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, ya referido más arriba, se concluye que el hecho que la LCSP no recoja expresamente esta excepción a la regla general según la cual la entidad que tiene la condición de medio propio no puede estar participada por capital privado, constituye una situación respetuosa con el contenido de la Directiva, en tanto en cuanto amplía el

ámbito de aplicación de la misma y no se opone a sus principios generales. Por ello, entiende que, consecuentemente, **esta excepción carece de efecto directo**, al no existir previsión normativa alguna al respecto. Asimismo, en dicho documento se añade que se trata de una posibilidad excepcional de muy difícil encaje en el sistema normativo español vigente.

Así pues, esta posibilidad de que capital privado pueda participar en un ente instrumental del Ayuntamiento tan solo será viable jurídicamente en la medida en qué la Comunidad Foral de Navarra haga suya esta previsión en la norma mediante la cual proceda a la transposición de la Directiva.

Al respecto, el Proyecto de LCSP sigue exigiendo, como lo hace la actual LCSP en su artículo 24.6, que la totalidad del capital o del patrimonio del medio propio sea, en todo caso, de titularidad pública, con lo que, en definitiva, no se hace eco de la excepción que como acabamos de ver reconoce la Directiva 2014/24/UE.

> **4º.-** Por último, el artículo 8.2 de la LFCP exige como requisito del "medio propio" o "ente instrumental" que **tal condición respecto a la entidad de que se trate debe haber sido objeto de una declaración expresa que se anunciará en el Portal de Contratación de Navarra con expresión del ámbito al que puede circunscribir los encargos.**

En un sentido análogo, el artículo 24.6 de la LCSP exige que dicha condición aparezca expresamente reconocida por la norma que lo cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tengan esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárselas contratos, determinando para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios.

Al respecto, conviene subrayar que el Proyecto de LCSP, en su artículo 32.2.d), nos dice que tal reconocimiento como medio propio debe constar en sus estatutos o en sus "actos de creación", de lo que se colige la posibilidad de creación del ente encomendado por acuerdo de los órganos de gobierno de la Administración de que se trate, como de hecho así ya se reconoce en el Decreto Foral nº 23/2014, de 19 de febrero, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración en la Comunidad Foral de Navarra. Aunque esta norma no es en principio aplicable a los entes locales navarros, sino solo a la Administración foral/autonómica, por una elemental analogía entendemos que sería plenamente reconducible a estos, por lo que no debe ofrecer dudas que la creación de dichos entes instrumentales sea llevada a cabo mediante un Decreto de Alcaldía o, desde luego, un Acuerdo del Pleno municipal.

En consecuencia, considerando que el artículo 6.1.f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establece que las **comercializadoras** podrán adquirir la forma jurídica de **SOCIEDAD MERCANTIL** o de **SOCIEDAD COOPERATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**, debemos concluir que para el caso en que el Ayuntamiento de Pamplona desee adquirir tal condición con el fin de, en una primera fase, dar cobertura al suministro eléctrico del alumbrado público del municipio y de los edificios y equipamientos de su titularidad, **deberá bien constituir un sociedad mercantil y declararla como ente instrumental a tales efectos o bien declarar como tal a una ya existente, cumpliendo inexcusablemente con los siguientes requisitos:**

- (i) Debe tratarse de una sociedad mercantil cuya capital social sea íntegramente público.
- (ii) Dicha comercializadora no gozará de autonomía en la toma de sus decisiones sino que en todo caso estará sometida a un control por parte del Ayuntamiento análogo al que éste ejerce sobre sus propios servicios.
- (iii) La parte esencial de la actividad como comercializadora que realice dicha sociedad municipal debe realizarse en el ejercicio de los cometidos confiados por el Ayuntamiento, en un mínimo de un 80% de la actividad.

- (iv) Debe existir un reconocimiento expreso de la condición de dicha sociedad como medio propio o ente instrumental y ser objeto de publicidad a través del Portal de Contratación de Navarra.

Por último, destacamos que según 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, existen esencialmente dos tipologías de estas sociedades de capital: las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, exigiéndose para las primeras de ellas un capital social mínimo de 60.000 Euros y, para las segundas, de 3.000 Euros, según lo establecido en su artículo 4.

III.- MODELOS DE GESTIÓN DEMOCRÁTICA DE LA COMERCIALIZADORA

Como ya hemos expuesto anteriormente, uno de los propósitos perseguidos por el Ayuntamiento cuando se plantea adquirir la condición de comercializadora de energía eléctrica es alcanzar un escenario, a corto o medio plazo, en el que, por un lado, los consumidores privados de su municipio puedan tener acceso a la energía eléctrica adquirida por dicha comercializadora; y, por el otro, que en el funcionamiento de esta comercializadora adquiera protagonismo la participación ciudadana y de sus trabajadores con el fin de garantizar su gestión democrática.

Partiendo de tales premisas, de entrada debemos descartar que la figura de una sociedad mercantil sea la más idónea para dar satisfacción a dichos fines, considerando tanto que, como dijimos, el ente instrumental creado por el Ayuntamiento tan sólo podría prestar servicios en el ámbito privado hasta un límite máximo del 20% de su actividad -lo cual resulta a todas luces insuficiente para satisfacer la demanda de consumo eléctrico de los ciudadanos de Pamplona-, como que una sociedad mercantil, en definitiva, no facilita ni incentiva su gestión democrática, al tratarse de una entidad esencialmente capitalista, en la que las aportaciones de los socios deben traducirse necesariamente en acciones o participaciones y el valor de sus votos está en relación directa con el número de éstas cuya titularidad ostenten, cuyo objetivo primordial es la obtención de ganancias y donde existe, por imperativo legal, una importante rigidez orgánica y funcional.

Es por todo ello que **centraremos nuestro análisis en el encaje jurídico que podría tener la comercializadora eléctrica creada a instancias del Ayuntamiento en aquella modalidad de sociedad reconocida por nuestro ordenamiento jurídico que más se aproxima a sus propósitos, que no es otra que la que viene referida a las sociedades COOPERATIVAS,** puesto que estas entidades se caracterizan precisamente por propiciar la asociación de personas físicas o jurídicas con necesidades o intereses socioeconómicos comunes bajo los principios de libre adhesión y baja voluntaria, con capital variable y gestión

democrática, con la finalidad última de mejorar la situación económica y social de sus miembros y de su entorno comunitario, realizando una actividad empresarial de base colectiva en la cual el servicio mutuo y la aportación pecuniaria de todos los miembros permitan cumplir una función que tiende a mejorar las relaciones humanas y a poner los intereses colectivos por encima de toda idea de beneficio particular.

Además, también hemos explicado más arriba que una de las dos formas que puede adquirir toda comercializadora del sector eléctrico según prescribe la citada Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, además de la propia una sociedad mercantil, es precisamente la de **SOCIEDAD COOPERATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**, lo que viene a confirmar que la vía jurídica a explorar para aunar, por un lado, la participación del Ayuntamiento en el sector eléctrico como comercializadora y, por el otro, la gestión participativa y democrática de esta entidad por parte de la ciudadanía pasa por analizar las diversas alternativas que hoy en día nos ofrece el marco legal aplicable en el ámbito de las **sociedades cooperativas.**

Para ello, tomaremos como referencia la regulación foral en materia de cooperativas, toda vez que, de la misma forma que ocurría con la legislación concerniente a la contratación pública, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en su artículo 44.27, le atribuye competencia exclusiva en materia de cooperativas a la Comunidad Foral, cuando dichas entidades desarrollen con carácter principal su actividad

cooperativizada en su ámbito territorial.

Concretamente, en base a dicha competencia deberemos focalizar nuestra atención en la **Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra** (a partir de ahora, "LCoopN").

Como ya hemos señalado, en atención a la previsión contenida en la citada Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, **a fecha de hoy únicamente pueden tener la consideración de "comercializadora" una clase de cooperativas, que son particularmente las "cooperativas de consumidores y usuarios"**, que vienen brevemente reguladas en el artículo 69 de la LCoopN, con el siguiente tenor literal:

"Artículo 69 Cooperativas de consumidores y usuarios

*Son cooperativas de consumidores y usuarios las que, asociando a **personas físicas**, tienen por objeto la entrega de bienes o la prestación de servicios para el uso o consumo de los socios y sus familias.*

Estas cooperativas podrán producir los bienes o servicios que proporcionen o distribuyan a sus socios, sin perder su carácter específico.

No tendrá carácter de transmisión patrimonial el suministro de bienes y servicios de la cooperativa a sus socios."

En un principio, en atención a la redacción literal del artículo indicado, parece que la LCoopN impediría que una persona jurídica, en este caso el propio Ayuntamiento de Pamplona, pudiera formar parte como socio consumidor y usuario de pleno derecho de dicha concreta tipología de cooperativa, desde el momento en que se refiere exclusivamente a las personas físicas como sus potenciales miembros.

Y ello a pesar de que el artículo 20.2 de la propia LcoopN reconoce, con carácter general y sin establecer excepciones, la posibilidad de que toda cooperativa de primer grado esté integrada por socios que sean tanto personas físicas como personas jurídicas, con el único condicionante de que dichas entidades no estén formadas en exclusiva por personas jurídicas.

Partiremos de la premisa de que, en esta segunda fase del proyecto, una vez ya previamente constituida y en funcionamiento la sociedad mercantil como medio propio de la Administración actuando en el mercado eléctrico como comercializadora de la energía a consumir por el Consistorio en el ámbito exclusivo de sus competencias (alumbrado público y equipamientos municipales), quien se integraría en la referida Cooperativa de Consumidores y Usuarios -una vez ésta hubiese obtenido su condición de comercializadora-, sería el propio Ayuntamiento o aquel ente instrumental, debido a su interés manifestado en participar en una entidad dedicada a la adquisición y venta de energía eléctrica en la que se fomentara la gobernanza democrática y la participación ciudadana.

Sin embargo, en atención a esta primera limitación que se apunta como consecuencia de la propia definición de la categoría de cooperativa de consumidores y usuarios que aparece recogida en la LCoopN **-según la cual esta modalidad de cooperativas solo puede estar conformada a priori por personas físicas-**, podría explorarse la posibilidad de incorporar al Ayuntamiento, o en su caso al ente instrumental, en condición de socio colaborador de dicha cooperativa.

En atención a lo indicado, nos encontramos ante diversos posibles escenarios en los que el Ayuntamiento de Pamplona podría participar, en principio, de la constitución de una comercializadora de energía eléctrica que adoptara la forma de cooperativa de consumidores y usuarios, con unos concretos condicionantes y unas salvedades relevantes que seguidamente exponemos:

> *Escenario A).- Constitución de una Cooperativa de Consumidores y Usuarios como comercializadora, en la que el Ayuntamiento ostentaría la condición de socio de pleno derecho.*

En esta primera hipótesis de trabajo, el Ayuntamiento ostentaría la condición de socio consumidor y usuario de la comercializadora. Como se ha indicado en el apartado anterior, la LCoopN en, su artículo 69, regula de forma específica las cooperativas de consumidores y usuarios, y define como consumidor y usuario a las personas físicas que reciben bienes o servicios para su uso o consumo propio o de

sus familiares.

Ahora bien, basándonos en otras definiciones legales de “consumidor” que aparecen recogidas en la normativa estatal y en la propia foral de Navarra, podemos afirmar que habitualmente el legislador maneja un concepto mucho más amplio de consumidor, no limitándose exclusivamente a los consumidores individuales en tanto que persona físicas.

En este sentido, la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 2.1, define el concepto de consumidor y usuario, refiriéndose a las **personas físicas y jurídicas (por tanto, no solo a las físicas)** que sean destinatarios finales de productos o servicios para uso y consumo propio:

Artículo 2. Concepto de consumidor y usuario

1. A efectos de la presente Ley Foral, se entiende por consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas a las que se oferten bienes, productos o servicios, y las que los adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza privada o

pública siempre que, en este último caso, desarrolle su actividad empresarial o profesional en régimen de derecho privado.

En la misma línea de poder defender que, a pesar de la literalidad del artículo 69 de la LCoopN, no debería existir ningún inconveniente jurídico para que una persona jurídica fuera socia de una cooperativa de consumidores y usuarios, debemos traer a colación la Ley estatal de Cooperativas, esto es, Ley 27/1999, de 16 de julio. Esta disposición normativa del Estado, aunque solo sería aplicable a nuestro caso en el supuesto en que la cooperativa en cuestión desarrollara sus actividades más allá del territorio de la Comunidad Foral de Navarra, nos parece oportuno destacarla con el fin de constatar cuál es el criterio que predomina al respecto en nuestro ordenamiento jurídico y reforzar así en cierta manera la interpretación amplia de la normativa foral navarra que cabría preconizar en este punto.

Así, debe significarse en primer lugar que el artículo 88 de la Ley de Cooperativas del Estado, al referirse a las cooperativas de consumidores y usuarios, expresamente afirma que "*pueden ser socios de estas cooperativas, las personas físicas y las entidades u organizaciones que tengan el carácter de destinatarios finales*".

A su vez, la Disposición Adicional 5ª de dicha Ley de Cooperativas del Estado establece que "*las sociedades cooperativas estarán sujetas a lo establecido en la Ley*

*26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y demás disposiciones sobre defensa de los consumidores y usuarios”, lo cual supone una clara remisión -cuando de cooperativas se trata- a la normativa general en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios la cual, como hemos visto, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra (el art. 2.1 de la Ley Foral 7/2006, que hemos transcrito) supone entender que el concepto de “consumidor y usuario” comprende también a las “personas jurídicas”; y lo mismo exactamente ocurre en la normativa del Estado, cuando el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -antes, Ley 26/1984- establece en su artículo 3 que, además de las personas físicas, tendrán la consideración de consumidores *“las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”**

Por último, en lo relativo particularmente al sector eléctrico, la antes citada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, interpreta el concepto de “consumidor” en este ámbito de forma amplia y no limitativa, por cuanto su artículo 6, que define a cada uno de los sujetos llamados a desarrollar las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, establece que, a estos efectos, deberá entenderse por “consumidores” a *“las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo”*, añadiendo asimismo que *“aquellos consumidores*

que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado”.

Por todo lo cual, a pesar de que la literalidad de la LcoopN tan solo se refiere en su artículo 69 a las personas físicas como sujetos susceptibles de conformar una cooperativa de consumidores y usuarios, entendemos que una interpretación razonable, proporcionada y sistemática del ordenamiento jurídico debería permitir que una persona jurídica -sea pública o privada- pueda adquirir la condición de socio en esta modalidad de cooperativas cuando actúan en el sector eléctrico.

Ello no obstante, **realizada una gestión informal ante el Registro de Cooperativas del Gobierno de Navarra hemos sido informados de que el criterio que vienen aplicando con carácter general cuando de inscribir una cooperativa de consumidores y usuarios se trata, es que esta modalidad de cooperativa solo puede estar conformada en exclusiva por persona físicas, vetando así la posibilidad de que una persona jurídica pueda adquirir la condición de socia de las mismas**, lo que supone tanto como realizar una interpretación literal y sumamente estricta estricta del artículo 69 de LCoopN.

- > Escenario B).- Constitución de una Cooperativa de Consumidores y Usuarios como comercializadora, en la que el Ayuntamiento ostentaría la condición de socio colaborador.

En este segundo escenario, resulta necesario exponer qué significa ostentar la condición de "socio colaborador", en términos de derechos y obligaciones, de conformidad con la LCoopN:

Artículo 30 De los socios colaboradores

1. Tendrán la consideración de socios colaboradores aquellas cooperativas y sus socios con las que se haya suscrito el correspondiente acuerdo intercooperativo a que se refiere el artículo 81 de esta Ley Foral. Asimismo, podrán tener dicha consideración las sociedades controladas por cooperativas y las entidades públicas.

2. Podrán adquirir la condición de socios colaboradores, las personas físicas que sin poder realizar plenamente el objeto social cooperativo, puedan colaborar en la consecución del mismo. Sus derechos y obligaciones se regularán por lo dispuesto en los estatutos sociales, y, en lo no previsto por éstos, por lo pactado entre las partes.

3. *Los estatutos regularán el régimen jurídico de los socios colaboradores, conforme a los siguientes principios:*

- **a)** *Tendrán los mismos derechos y obligaciones en el ámbito societario que el resto de socios.*
- **b)** *La suma de sus votos en conjunto, tanto en la Asamblea General como en el Consejo Rector, no podrá ser superior a un quinto del total de los votos sociales en el órgano respectivo, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 67 de esta Ley Foral.*
- **c)** *Los socios colaboradores, en función de su participación en la actividad cooperativizada, tendrán derecho a participar en los resultados de la cooperativa si así lo prevén expresamente los estatutos.*
- **d)** *La representación de los socios colaboradores vendrá asignada a la cooperativa de la que son socios. En el supuesto de una cooperativa de segundo grado, el voto proporcional previsto en el artículo 81.2 vendrá determinado por la participación de la actividad de los socios colaboradores, sin que exista la limitación expuesta en la letra b) anterior.*

Para el caso que se considerase una opción formar parte de la cooperativa como socio colaborador en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 30 anterior, no existe ninguna limitación ni prohibición específica respecto a que una Cooperativa de Consumidores y Usuarios pueda tener socios colaboradores y que

éstos sean personas jurídicas de derecho público, como sería el caso del Ayuntamiento.

En este escenario, el socio colaborador ostentaría los mismos derechos y obligaciones que el resto de socios, en este caso los socios consumidores y usuarios, según hemos visto que así lo reconoce expresamente el artículo 30.3 de la LCoopN. Por ello entendemos que no debería considerarse existtente ningún impedimento legal para que el socio colaborador pudiera ser destinatario de bienes o servicios en los mismos términos que el resto de socios de la cooperativa de consumidores y usuarios.

En cuanto a las limitaciones previstas en la propia regulación del artículo 30, cabe hacer especial hincapié en la letra d) de su apartado 3 al respecto de los votos sociales de los socios colaboradores, que en ningún caso podrá ser superior a un quinto del total de los votos sociales, tanto en la Asamblea General como en el Consejo Rector.

Sin embargo, **la gestión anteriormente referida realizada ante el Registro de Cooperativas del Gobierno de Navarra también nos permitió conocer su criterio respecto a los socios colaboradores, según el cual una persona jurídica no puede ostentar tal condición, haciendo así extensiva la limitación contenida en el artículo 69 de la LCoopN, por lo que debemos**

entender que la Administración competente no permitiría que el Ayuntamiento adquiriera la condición de socio colaborador en este caso.

> Escenario C).- Constitución de una Cooperativa Mixta de Consumidores y Usuarios. Artículo 79 de la LCoopN

Se definen la cooperativas Mixtas en el Capítulo II de la Ley, las cuales podrán estar compuestas por socios de algunas de las clases de cooperativas enumeradas en el artículo 64 de la LCoopN, entre ellas las Cooperativas de Consumidores y Usuarios, así como por otro tipo de socios que no necesariamente sean entidades de economía social, y los cuales tendrán una participación minoritaria.

En este supuesto, la Cooperativa Mixta nos ofrece la posibilidad de incorporar a una persona jurídica como socio, tanto en condición de socio cooperador como socio minoritario, de acuerdo con lo que expondremos a continuación.

Es preciso remarcar que en esta tipología de Cooperativas Mixtas, se produce una coexistencia de elementos que son propios de las sociedades cooperativas así como de las sociedades mercantiles o de capital:

Artículo 79. Cooperativas Mixtas.

1. Tendrán la consideración de cooperativas mixtas aquellas en las que existan

socios minoritarios cuyo derecho de voto en la Asamblea General se podrá determinar, de modo exclusivo o preferente, en función del capital aportado, el cual estará representado por medio de títulos o anotaciones en cuenta sometidos a la legislación reguladora del mercado de valores.

En primer lugar es preciso analizar si con esta fórmula mixta, el Ayuntamiento de Pamplona podría formar parte de la cooperativa y qué tipo de socio podría ser.

De acuerdo con las normas reguladoras de esta clase de cooperativas, al ser una sociedad mixta, coexistirán dos tipologías de socios, **los socios cooperadores**, que cumplirán con los principios democráticos cooperativos y participarán directamente en la actividad llevada a cabo por parte de la cooperativa, y **los socios titulares de partes sociales**, que serán los socios capitalistas, en condición de socios minoritarios, asimilándose la vinculación de éstos a los socios de capital en la sociedades mercantiles.

Por otra parte, en atención a que la Cooperativa Mixta desarrollaría la actividad propia de una cooperativa de Consumidores y Usuarios, y, en consecuencia, le sería de aplicación toda la regulación ya comentada que establece el artículo 69 de la LCoopN, debemos concluir que no podría formar parte como socio cooperador al no poder participar una persona jurídicas en la actividad de la cooperativa de la clase consumidores y usuario. En este sentido, el artículo 79 de la LCoopN, en su apartado

7 establece que:

"Las cooperativas mixtas se ubicarán dentro de alguna de las clases legalmente establecidas y, a efectos de los derechos de los socios cooperadores, se someterán a las normas reguladoras de la específica clase de cooperativas en que se encuadre."

Al respecto de la participación y derecho de voto, la regulación propia de las cooperativas Mixtas, también realiza una regulación separada para cada tipología de socios:

a) Socios cooperadores, los cuáles se regirán por el principio democrático de un socio un voto.

b) Socios titulares de partes sociales, que ostentarán el voto proporcional a su capital social.

Ahora bien, existen algunos límites que deberán respetarse en lo relativo al ejercicio del derecho de voto en la Asamblea General, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2.b) del citado artículo 79:

"(...) 2. El derecho de voto en la Asamblea General de estas cooperativas

respetará la siguiente distribución:

a) Al menos el 51 por 100 de los votos se atribuirá, en la proporción que definan los estatutos, a los socios cooperadores.

A tales efectos, se consideran socios cooperadores las personas físicas o jurídicas cuya condición de socio está directamente relacionada con la participación efectiva en la actividad de la cooperativa, sea como trabajador, usuario, colaborador o cualquier otro tipo de vinculación societaria en alguna de las clases de cooperativas reguladas en el Título II de esta Ley Foral .

b) Una cuota máxima, a determinar estatutariamente, del cuarenta 49 por 100 de los votos se distribuirá entre uno o varios socios titulares de partes sociales con voto que, si los estatutos lo prevén, podrán ser libremente negociables en el mercado y, por tanto, adquiribles también por los socios a que se refiere la letra a) anterior, a los que estatutariamente se les podrá otorgar un derecho de preferencia.”

De este modo, al menos el 51% de los votos de la Asamblea General han de ser atribuidos a los socios cooperadores, **por lo que los socios titulares de partes sociales no podrán acumular más del 49% de los votos totales de la**

cooperativa mixta. En el caso de que los Estatutos Sociales permitieran la libre negociación en el mercado de las partes sociales con voto, éstas podrán ser adquiridas por los socios cooperativos.

En conclusión, el Ayuntamiento podría formar parte de la cooperativa en su condición de socio titular de partes sociales y, respecto de la capacidad de decisión en las votaciones en la Asamblea General de la cooperativa mixta, ostentaría como máximo el 49% de los votos sociales, en caso de ser el único socio titular de partes sociales con voto de acuerdo con lo establecido en el apartado 2.b) del citado Artículo 79.

En este sentido, entendemos que, desde un punto de vista formal, no existiría impedimento legal alguno para que la integración del Ayuntamiento en dicha cooperativa se llevara a cabo a través de la incorporación de la sociedad mercantil constituida por el Ayuntamiento como medio propio instrumental, siendo ésta quien ostentaría la condición de socio titular de partes sociales de la cooperativa mixta.

Cuestión distinta sería analizar la conveniencia o no de esta integración desde un punto de vista estratégico y de impulso del proyecto, puesto que considerando cuál puede ser la relación de los socios de partes sociales (medio propio o Ayuntamiento) con la cooperativa, debemos concluir que los consumidores finales del servicio deben ser en todo caso las personas físicas que se corresponden con la

tipología de socios cooperadores, toda vez que, en definitiva, se trata de una cooperativa mixta de consumidores y usuarios sometida a las exigencias del artículo 69 de la LCoopN ya comentado.

En cuanto al encaje de una cooperativa mixta de consumidores y usuarios en el concepto de "comercializadora" de energía eléctrica que establece el ya referido artículo 6.1.f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, entendemos que no debería existir ningún tipo de inconveniente al respecto, toda vez que, como prescribe el artículo 79.7 de la LCoopN, "las cooperativas mixtas se ubicarán dentro de alguna de las clases legalmente establecidas", por lo que tratándose de una cooperativa mixta "*de consumidores y usuarios*" esta segunda condición es la que prevalecería a los efectos de dicha normativa; y, por ello, entendemos que se ajustaría plenamente a las exigencias de aquel artículo 6.1. f) de la Ley del Sector Eléctrico, según el cual, repetimos, las comercializadoras podrán adoptar la forma de sociedad mercantil o de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios.

No obstante, con el fin de disipar cualquier duda al respecto, hemos formalizado una consulta ante la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA, de la cual esperamos obtener respuesta próximamente, al ser aquella la unidad administrativa competente en la materia, hallándose adscrita a la *Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital*.

Por otra parte, en cuanto las operaciones de entrega de bienes o prestación de servicios que constituyen el objeto social de las cooperativas de consumidores y usuarios, es preciso señalar la previsión contenido en los artículos 8, 27 y 28 de la **Ley Foral 9/1994, de 21 de junio, reguladora del régimen fiscal de las cooperativas de Navarra**, en relación a las cooperativas que esta norma califica como "ESPECIALMENTE PROTEGIDAS", entre las cuales se hallan las cooperativas de consumidores y usuarios.

En esta normativa fiscal, se prevé que las cooperativas de consumidores y usuarios **puedan realizar ventas hasta un límite del 50% a personas que no ostenten la condición de socias de la cooperativa**, si así lo establecen los estatutos sociales.

Más concretamente, los citados preceptos estipulan lo siguiente:

"Artículo 8. Cooperativas de consumidores y usuarios.

Se considerarán especialmente protegidas las cooperativas de consumidores y usuarios que cumplan los siguientes requisitos:

- 1. Que asocien a personas físicas con el objeto de procurarles bienes en las*

mejores condiciones de calidad, información y precio.

2. Que la media de las retribuciones totales de los socios de trabajo no supere el límite establecido en el artículo 7, apartado 2, de esta Ley Foral.

3. Que las ventas efectuadas a personas no asociadas, dentro del ámbito de las mismas, no excedan del 10 por 100 del total de las realizadas por la cooperativa en cada ejercicio económico o del 50 por 100 si así lo prevén sus estatutos.

No serán de aplicación las limitaciones de este apartado ni las establecidas en el artículo 9, apartado 10, de esta Ley Foral, a aquellas cooperativas que tengan un mínimo de 30 socios de trabajo y, al menos, 50 socios de consumo por cada socio de trabajo, cumpliendo respecto de éstos con lo establecido en el artículo 7, apartado 3."

"Artículo 27. Beneficios fiscales aplicables a las cooperativas protegidas.

Las cooperativas protegidas disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Exención, por cualquiera de los conceptos que puedan ser de aplicación, salvo

el gravamen previsto en el artículo 22.1 de la Norma reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 17 de marzo de 1981, respecto de los actos, contratos y operaciones siguientes:

- a) Los actos de constitución, ampliación de capital, fusión y escisión.*
- b) La constitución y cancelación de préstamos, incluso los representados por obligaciones.*
- c) Las adquisiciones de bienes y derechos que se integren en el Fondo de Educación y Promoción para el cumplimiento de sus fines.*

2. Impuesto sobre Sociedades.

Libertad de amortización de los elementos de activo fijo nuevo amortizable, adquiridos en el plazo de tres años a partir de la fecha de su inscripción en el correspondiente Registro de Cooperativas.

La cantidad fiscalmente deducible en cada ejercicio por aplicación de la libertad de amortización, una vez practicada la amortización normal en cuantía no inferior a la mínima, no podrá exceder del importe del saldo de la cuenta de resultados cooperativos disminuido en las aplicaciones obligatorias al Fondo de Reserva Obligatorio y participaciones del personal asalariado.

Este beneficio es compatible, en su caso, para los mismos elementos, con la deducción por inversiones prevista en el artículo 22 del Texto Refundido de las disposiciones del Impuesto sobre Sociedades.

3. Tributos Locales.

Bonificación del 95 por 100 de la cuota correspondiente a los siguientes tributos:

a) Impuesto sobre Actividades Económicas o Licencia Fiscal.

b) Contribución Territorial correspondiente a los bienes de naturaleza rústica de las Cooperativas Agrarias y de Explotación Comunitaria de la Tierra.

Artículo 28. *Beneficios fiscales aplicables a las cooperativas especialmente protegidas.*

*Las cooperativas especialmente protegidas disfrutarán, **además** de los beneficios reconocidos en el artículo anterior, de los siguientes:*

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Exención para las operaciones de adquisición de bienes y derechos destinados directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios.

2. Impuesto sobre Sociedades.

Bonificación del 50 por 100 de la cuota íntegra a que se refiere el artículo 20 de esta Ley Foral."

Así pues, en la Comunidad Foral de Navarra, a efectos fiscales, existen 2 tipos de cooperativas, como se desprende de los artículos que acabamos de transcribir: las protegidas y las especialmente protegidas. Con dicha clasificación se pretende incentivar en mayor medida unas (agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, de trabajo asociado y de consumidores y usuarios) respecto de otras, en base a la actuación de aquellas en determinados sectores económicos, a la capacidad económica de sus socios y socias y al respeto del carácter mutualista de las mismas.

Para las protegidas se contemplan beneficios tributarios que afectan al *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* (exención en operaciones societarias, préstamos y Fondo de Educación y Promoción), al *Impuesto sobre Sociedades* (libertad de amortización) y a los *tributos locales* (bonificación del 95% en el Impuesto de Actividades Económicas y Contribución Rústica y Pecuniaria).

Las especialmente protegidas, como son las cooperativas de consumidores y usuarios, disfrutarán además de la exención del *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* para la adquisición de bienes y derechos y en el *Impuesto sobre Sociedades* de la bonificación del 50% de la cuota.

> *Escenario D).- Constitución de una Cooperativa de Consumidores y Usuarios como comercializadora, de la cual el Ayuntamiento adquiriría la energía eléctrica mediante convenios de colaboración .*

Descritos los tres anteriores posibles planteamientos ("A", "B" y "C"), nos parece oportuno hacer una breve mención a una cuarta posibilidad relativa al vínculo jurídico que podría existir entre el Ayuntamiento con la cooperativa de consumidores y usuarios con el fin de obtener la energía eléctrica necesaria para sus fines, en la que el Consistorio no debería ostentar necesariamente la condición de consumidor ni de colaborador de dicha cooperativa.

En este caso, tal opción pasaría por la formalización de un Convenio de colaboración entre la cooperativa comercializadora y el Ayuntamiento de Pamplona, para la obtención del suministro de energía eléctrica para su propio uso y consumo.

La propia LCoopN establece en su artículo 10 que las cooperativas que así lo establezcan en sus estatutos podrán operar con personas no socias, tanto si son físicas como jurídicas:

Artículo 10.- Operaciones con terceros

1. Si así consta en sus estatutos, las cooperativas podrán operar con personas no socias, tanto físicas como jurídicas, debiendo destinar todas ellas el 50 por

100 del resultado de estas operaciones al Fondo de Reserva Obligatorio y el restante 50 por 100 al Fondo de Reserva Voluntario.

Por otra parte, el artículo 86 de la citada LCoopN, se refiere a la figura del concierto para el intercambio de servicios entre las cooperativas y otras personas físicas o jurídicas (apartado 1) y a la posibilidad de que se asocien con personas jurídicas para alcanzar las finalidades que les son propias (apartado 2):

Artículo 86 Otras formas de colaboración no cooperativa

1. Las cooperativas podrán celebrar, entre sí o con otras personas físicas o jurídicas, conciertos para intercambios de servicios, materias primas, productos y mercaderías, formación de fondos de compensación, establecimiento de dirección única en las operaciones concertadas, creación de sociedades de garantía recíproca y cualesquiera otros actos u operaciones que faciliten o garanticen la consecución de los fines de las cooperativas.

2. Las cooperativas podrán asociarse con otras personas físicas o jurídicas, así como tener participación en ellas, para el mejor cumplimiento de sus fines.

3. Los beneficios obtenidos por las cooperativas en los supuestos a que se refieren los apartados anteriores se destinarán a sus fondos de reserva

obligatorios.

III.- RIESGOS RELACIONADOS CON LAS GARANTÍAS EXIGIDAS EN EL SECTOR ELÉCTRICO:

En el contexto de la consulta de la que trae causa este informe, se nos pide asimismo que valoremos los riesgos que podría suponer la actividad de comercialización de electricidad y su participación en el mercado eléctrico.

Según se contempla en la Regla 50, sobre el ***Procedimiento relativo a la prestación de garantías a favor del operador del Mercado***, de la Resolución de 23 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Estado de Energía, por el que se aprueban las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica, el regulador y el operador del mercado establecen una serie de garantías y avales para evitar que se produzcan problemas graves en el funcionamiento del mercado como consecuencia de un mal uso de éste que pueda afectar a los usuarios finales.

Del mal funcionamiento o el incumplimiento con suficiente rigor de los procedimientos asociados a dichas garantías y avales se podría derivar una serie de

sanciones muy perjudiciales para la integridad, e incluso la supervivencia, de la comercializadora, cualesquiera que fuese su formato final derivado del proceso deliberativo anterior y siempre que ésta fuese un agente del mercado eléctrico, salvo en el caso de que fuera representada por un sujeto diferente, tal y como viene reflejado al final de la Regla 50.2.

Regla 50.2 Sujetos que deben prestar garantías en el mercado.

El titular de las garantías deberá ser el propio agente, si acude al mercado en nombre y por cuenta propia.

Si el agente está representado por un sujeto que actúa en nombre y por cuenta del agente, el titular de las garantías habrá de ser el propio agente a todos los efectos.

Si el agente está representado por un sujeto que actúa en nombre propio y por cuenta del agente, el titular de las garantías habrá de ser el representante a todos los efectos.

En este último caso es de suponer que el acuerdo de representación entre el sujeto y el agente (“comercializadora”) contemplaría la necesaria transmisión de riesgos derivados del incumplimiento de las garantías del sistema en los casos en los

que la responsabilidad del mismo correspondiese al agente.

Respecto al tipo de garantías existentes es la Regla 50.5 la que las define:

Los agentes del mercado, si desean participar en el mercado, deberán presentar:

- Una **garantía de operación básica** (GOB), para cubrir las ofertas de compra de las unidades de las que el agente es titular. La insuficiencia de esta garantía impedirá al agente participar en el proceso de casación correspondiente.

Asimismo los Agentes del Mercado están obligados a prestar:

- Una **garantía de crédito** que responderá de las obligaciones de pago reportadas y no pagadas. Esta garantía de crédito no será fijada «a priori» por el Operador del Mercado sino que se calculará una vez se conozca el resultado de la liquidación. Los agentes que hayan aportado una garantía de operación que haya permitido la casación de su oferta, tendrán cubierta la garantía de

crédito requerida como resultado de la liquidación de esta transacción mediante la conversión automática en garantía de crédito de la parte de garantía de operación que resulte necesaria.

- Una **garantía complementaria**, exigible a los agentes en aquellos supuestos en que, previa consulta al Comité de Agentes del Mercado, el Operador del Mercado lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior en la cobertura de la garantía de operación, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias.

Considerando que no es el objeto del presente informe detallar el funcionamiento de las garantías exigidas por el sector eléctrico a los agentes que participan del mercado, sino la detección de los riesgos asociados a las mismas, nos centraremos en el análisis de dichos riesgos.

El Operador del Mercado pondrá a disposición de los agentes en su sistema informático un simulador de las garantías de operación y de crédito que el sujeto podría necesitar en función de su actividad prevista al mercado y de los precios

recientes. Este valor será considerado una estimación siendo responsabilidad del agente el disponer de las garantías apropiadas.

En caso de que algún agente del mercado de producción de energía eléctrica incumpliera, en todo o en parte, cualquiera de sus obligaciones de pago derivadas de las transacciones llevadas a cabo en el mercado de producción de energía eléctrica, el Operador del Mercado ejecutará con la máxima diligencia y con la mayor brevedad las garantías constituidas, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del agente del mercado incumplidor (Regla 50.9).

Los principales incumplimientos de la normativa del ***Procedimiento relativo a la prestación de garantías a favor del operador del Mercado*** que habría que evitar para minimizar este tipo de riesgos serían las tres siguientes:

1) Impago no cubierto por garantías (Regla 50.10): en el supuesto de que se produzca el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de un agente, y no resulte cubierto por las garantías prestadas por el mismo, quedará obligado a pagar los descubiertos, con sus intereses, y todos los daños y perjuicios causados a los agentes afectados por tal incumplimiento.

2) Insuficiencia prolongada de garantías (Regla 50.11): En caso de que las ofertas de compra de una unidad de oferta se rechacen por falta de garantías en al menos 3 sesiones de mercado, bien sea diario o intradiario, en un periodo de 30 días consecutivos, se entenderá que es aplicable el tratamiento ante la «Insuficiencia prolongada de garantías» . En este caso el Operador del Mercado instará al agente o agentes a los cuales se liquida esta unidad de oferta al hecho que aumenten sus garantías. Si, transcurridos 10 días hábiles, alguna oferta de esta unidad fuera nuevamente rechazada por falta de garantías, el Operador del Mercado, previa comunicación al agente titular de la unidad de oferta, podrá suspender a la unidad de oferta de su participación en las siguientes sesiones de mercado hasta que el agente o agentes a los cuales se liquida esta unidad de oferta incrementen sus garantías en, al menos, un 10% de la cantidad previamente formalizada al momento del rechazo de la unidad de oferta, incluyendo en este cómputo los derechos de cobro cedidos.

3) Falta de constitución o falta de actualización de las garantías (Regla 50.12): la falta de constitución, de reposición o de actualización por parte de cualquier agente en el mercado de producción de energía eléctrica de cualquiera de las garantías previstas en estas Reglas de Funcionamiento del Mercado, se entenderá

como una orden de liquidación de todas las transacciones en que haya intervenido el mismo, a todos los efectos, por lo que el Operador del Mercado procederá a cerrar en el mercado las transacciones efectuadas en que haya intervenido el incumplidor.

A estos tres incumplimientos anteriores habría que añadir las dos siguientes condiciones que se deben atender para funcionar correctamente en el Mercado:

4) Criterio de calificación de deuda de avales, líneas de crédito o seguros de caución prestados ante el Operador de Mercado, que son los instrumentos mediante los cuales se formalizan las garantías a favor del mismo (Regla 50.6.1). La calificación crediticia de estos instrumentos podrá estar por debajo de la de la deuda del Reino de España menos un nivel siempre que como mínimo tenga una calificación "investment grade" otorgada por la misma agencia de calificación.

5) Periodo de vigencia de las garantías (Regla 50.6.2): las garantías de operación sólo se considerarán válidas para la casación correspondiente del día "d" si su vigencia se prolonga, como mínimo, hasta el décimo día natural posterior al del fin del horizonte de liquidación al que pertenece el día "d".

V.- LA CONTRATACIÓN BILATERAL CON LA MANCOMUNIDAD DE LA COMARCA DE PAMPLONA

En el contexto de la consulta de la que trae causa este informe, se nos pide asimismo que valoremos la viabilidad jurídica de suscribir, por parte del Ayuntamiento, un convenio bilateral con la MANCOMUNIDAD DE LA COMARCA DE PAMPLONA en su condición de entidad productora de energía renovable; y ello a la luz de la previsión contenida en el artículo 24.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que establece que, reglamentariamente, se regulará aquella modalidad de contratación de energía eléctrica consistente en la realización de "**contratos bilaterales realizados directamente entre los consumidores y los productores, entre los productores y los comercializadores y entre los comercializadores entre sí**", añadiendo a su vez que "los contratos bilaterales con entrega física formalizados entre los sujetos que participen en el mercado de producción de energía eléctrica contemplarán al menos el precio de adquisición de la energía y el período temporal del suministro" y que "reglamentariamente se determinará qué elementos de estos contratos deberán ser puestos en conocimiento del operador del sistema y de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia".

La MANCOMUNIDAD es una entidad local integrada por 50 municipios, entre los cuales se encuentra el de Pamplona, que es titular de diversos servicios públicos, entre ellos el abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas residuales, los cuales se prestan a través de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la Mancomunidad y cuya denominación es "SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA, SOCIEDAD ANÓNIMA" (en adelante, "SCPSA").

Destacamos este aspecto puesto que según nos informa el propio Ayuntamiento de Pamplona esa entidad supramunicipal dispone de las infraestructuras necesarias para obtener energía eléctrica en los diferentes procesos de abastecimiento y depuración del agua, la mayor parte de la cual ($\frac{3}{4}$) es vertida a la red eléctrica, lo que constituiría una cantidad que, al parecer, en valor absoluto cubriría las necesidades del Ayuntamiento para su propio consumo.

Al hilo de lo tratado en este apartado, cabe destacar que los Estatutos de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona contemplan expresamente en su artículo 8 la posibilidad de que se establezca una cooperación económica, técnica y administrativa entre la Mancomunidad y el resto de Administraciones Públicas mediante la suscripción de convenios administrativos, lo cual es asimismo plenamente coherente con la posibilidad contemplada en la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, en cuyo artículo 70 se estipula que

"las entidades locales de Navarra podrán cooperar entre sí a través de convenios o acuerdos que tengan por finalidad la ejecución en común de obras, la prestación de servicios comunes o la utilización conjunta de bienes o instalaciones".

A su vez, el artículo 2.f) del Reglamento de relaciones entre la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona y la mercantil SCPSA estipula que la Mancomunidad tiene expresamente reservada la competencia consistente en celebrar convenios de cooperación con otras Administraciones Públicas para la ejecución en común de obras y prestación de servicios de interés común.

Por todo ello, y al margen de todas las cuestiones tratadas hasta ahora en el presente informe, a continuación analizaremos la regulación de aquellos convenios bilaterales y su funcionamiento, ante la posibilidad de que, haciendo uso de tal figura, el Ayuntamiento de Pamplona, en tanto que consumidor, pudiera aprovechar parte de la energía producida por la MANCOMUNIDAD para abastecer a su alumbrado público y los equipamientos municipales de su titularidad.

En este sentido, la regulación que contiene la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico es sumamente parca al respecto, limitándose a regular la cuestión en el citado artículo 24.4 de la manera que ya hemos expuesto. Nada más se establece en el articulado de la Ley ni ha sido aprobada con posterioridad ninguna norma reglamentaria que desarrolle esta cuestión.

No obstante, la propia Ley 24/2013 estipulaba en su Disposición Derogatoria Única que, con su aprobación, quedaban derogadas todas las normas de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo en ella dispuesto, de lo cual se infiere que todas aquellas normas reglamentarias anteriores que no contradigan a la Ley 24/2013 se deben considerar plenamente vigentes.

Para lo que ahora nos interesa, ello nos obliga a dirigir nuestra atención al **Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, que organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica** -el cual fue aprobado bajo el paraguas de la anterior Ley reguladora del sector eléctrico, es decir, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre- por cuanto reglamenta los contratos bilaterales con entrega física y, aun siendo anterior a la Ley del Sector Eléctrico de 2013, su contenido, en este punto concreto, no contradice al de esta norma con rango de Ley.

Este Real Decreto de 1997 regula los sistemas de contratación bilateral en sus artículos 19 y 20, que atendida su claridad y detalle nos parece oportuno transcribirlos literalmente:

Artículo 19. Contratos bilaterales de energía eléctrica con entrega física



1. Los productores, los autoproductores, los agentes externos, los distribuidores, los comercializadores, los consumidores cualificados o los representantes de cualesquiera de ellos, como sujetos del mercado de producción podrán formalizar contratos bilaterales con entrega física de suministro de energía eléctrica. Los sujetos que formalicen estos contratos deberán:

- a) Estar inscritos en el Registro Administrativo que corresponda, de acuerdo con su naturaleza o acreditar su calidad de representantes a través del correspondiente poder notarial.*
- b) Cumplir los requerimientos técnicos establecidos en los procedimientos de operación.*
- c) Prestar al operador del sistema las garantías que procedan.*

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio regulará la participación de los distribuidores en los contratos bilaterales de energía eléctrica con entrega física, así como los mecanismos que promuevan una gestión comercial eficiente por parte de éstos.

2. Las unidades de producción que estuvieran afectas al cumplimiento de estos contratos quedarán exceptuadas de la obligación de presentar ofertas

en el mercado diario de producción por la parte de su energía generada vinculada al cumplimiento del contrato.

Artículo 20. Características de los contratos bilaterales con entrega física

1. El sujeto titular de un contrato bilateral con entrega física deberá comunicar al operador del sistema las unidades de producción y de adquisición afectas a su cumplimiento, así como la energía máxima objeto de la transacción bilateral.

El sujeto titular de un contrato bilateral con entrega física comunicará diariamente la ejecución de dicho contrato bilateral al operador del sistema, en la forma y medios que se establezcan en los procedimientos de operación.

2. Las cantidades contratadas de energía eléctrica, así como la nominación afecta a dichas cantidades habrán de ser comunicadas por las partes al operador del sistema, indicando de forma detallada los períodos temporales en que el contrato haya de ser ejecutado y los puntos de suministro y consumo, a fin de ser tomado en consideración para la determinación del programa diario base de funcionamiento.



3. El titular de una unidad de venta que haya celebrado un contrato bilateral con entrega física deberá prestar los servicios obligatorios del sistema y podrá participar, previa habilitación por el operador del sistema, en los mercados potestativos de servicios complementarios y de gestión de desvíos, debiendo cumplir, en todo caso, las restricciones que éste pueda establecer, sin que quepa discriminación alguna respecto del resto de los suministros que se realicen.

4. Los contratos de adquisición o venta de energía eléctrica firmados entre sujetos y empresas con sede fuera de España autorizadas para la venta o adquisición de energía eléctrica, siempre que supongan un flujo de energía eléctrica a través de las interconexiones internacionales de la Península Ibérica, deberán ser previamente autorizados por la Dirección General de Política Energética y Minas y comunicados al operador del sistema.

5. En el caso de que un comercializador o, en su caso, un distribuidor, contrate directamente con un productor en régimen especial, el distribuidor correspondiente le deberá pagar directamente la prima regulada que le corresponda por el tipo de instalación. La Comisión Nacional de Energía liquidará mensualmente al distribuidor dicha prima, incentivo y complementos. Esta participación de los distribuidores en los sistemas de contratación bilateral con entrega física con productores en régimen especial será regulada

por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 9.

6. En el caso de contratos bilaterales celebrados entre empresas comercializadoras, los costes de los servicios de ajuste del sistema se imputarán a aquel comercializador que se responsabilice frente al operador del sistema de su gestión.”

Se trata éste, en definitiva, de un mecanismo mediante el cual un generador y un comercializador de energía eléctrica acuerdan intercambiarse una determinada cantidad de energía eléctrica en una fecha determinada, durante un plazo determinado y a un precio también determinado.

V.- CONCLUSIONES

De forma esquemática, a continuación expondremos, en un documento anexo, un cuadro sinóptico que resume las diversas opciones que han sido analizadas en el presente informe con el fin de desarrollar una comercializadora municipal de energía eléctrica.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establece que las **comercializadoras** podrán adquirir la forma jurídica de **SOCIEDAD MERCANTIL** o de **SOCIEDAD COOPERATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**

	ESCENARIO A y B	ESCENARIO C	ESCENARIO D
SOCIEDAD DE CAPITAL	ESCENARIO A y B	ESCENARIO C	ESCENARIO D
MEDIO PROPIO	<i>Cooperativa de Consumidores y Usuarios</i>	<i>Cooperativa Mixta de Consumidores y Usuarios</i>	<i>Convenios de colaboración entre comercializadora y el Ayuntamiento de Navarra</i>
	<i>Ley Foral de Cooperativas de Navarra. Artículo 69.</i>	<i>Ley Foral de Cooperativas de Navarra. Artículo 79.</i>	<i>Ley Foral de Cooperativas de Navarra. Artículo 86</i>
Consiste en un MEDIO PROPIO de la Administración.	Características propias de la cooperativa de consumidores y usuarios.	Características propias de la cooperativa de consumidores y usuarios, pero incluye una regulación propia para los socios de partes sociales.	La comercializadora es una cooperativa de consumidores prevista en el Artículo 69 Ley Foral.
Toma de decisión y control al 100% por parte Ayuntamiento.	Toma de decisiones y control de la Asamblea General de socios consumidores. Organización democrática.	Toma de decisiones y control compartida entre las dos tipologías de socios. En cualquier caso, limitación de voto para los socios de partes sociales	El Ayuntamiento suscribe en cada caso, los contratos o convenios en calidad de tercero. (art. 10 Ley Foral de Navarra)
	Según la clase se cooperativa de Consumidores y usuarios, la Ley solo permite que los socios (de pleno derecho o colaboradores), lo sean persona físicas.	Coexisten dos tipologías de socios: socios cooperadores y socios titulares de partes de capital.	Las cooperativas podrán celebrar, entre sí o con otras personas físicas o jurídicas, conciertos para intercambios de servicios, materias primas, productos y mercaderías
Capital social 100% titularidad del Ayuntamiento.	Un socio, un voto, con independencia de la aportación al capital social	El/los socios de partes sociales, no pueden acumular más del 49% de los votos sociales totales de la cooperativa.	
Limitaciones: Al menos un 80% de su actividad destinada a realizar encargos del Ayuntamiento	Limitaciones: el Ayuntamiento queda excluido por cuanto no podría ser socio, ni de pleno derecho ni colaborador, por no ser una persona física.	Limitaciones: El socio de Capital, tiene limitado el voto al 49% de votos sociales. El 51% de los votos se atribuye a los socios cooperadores, en este caso a los consumidores y usuarios	Limitaciones: no se llega a regular la participación directa en la organización de la entidad resultante, sino que se regulan la relaciones entre dos entidades autónomas e independientes.
Capital social mínimo	Capital social mínimo 1.500€	Capital social mínimo 1.500€	
a) Sociedad Anónima: capital social mínimo 60.000.-€			
b) Sociedad Limitada: capital social mínimo 3.000.-€			

Barcelona, 28 de febrero de 2017.

COL·LECTIU RONDA, S.C.C.L
F08638322
Carrer Trafalgar, 50-52 baixos
08010 Barcelona