



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de, mediante escrito de fecha 26 de junio y registro de entrada en Diputación el día 30 de junio, solicita del Departamento de Asistencia a Municipios la emisión de un informe sobre múltiples cuestiones relacionadas con la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de S.A. (____) y que se pueden resumir en las siguientes:

- Actuaciones que podría realizar la sociedad para corregir su situación de falta de liquidez y de negocio. Posibilidad de ir a un concurso de acreedores y de su posterior liquidación y disolución.
- Responsabilidad exigible al propio Ayuntamiento, al tratarse de una sociedad de capital íntegramente municipal, en el caso de liquidación y disolución de la misma.
- Posibles responsabilidades de los administradores.
- Posibilidad de contratar un abogado especialista para dirigir el proceso de liquidación y disolución de la sociedad.
- Actuaciones a realizar en relación al personal contratado por la Sociedad. Estudio de la viabilidad de un despido.
- Actuaciones a realizar por el Ayuntamiento en relación a los servicios técnicos que le presta la empresa municipal (en adelante _____) y que dejarán de prestarse en cuanto se proceda a su liquidación.
- Posición del Inquilino que tiene arrendado el local comercial propiedad de _____.

Así pues, con tales antecedentes y a la vista de la información proporcionada por los diversos documentos remitidos junto con el escrito de petición de informe, una vez leído y analizado el contenido de los mismos, y tras consultar, asimismo, la legislación que



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



consideramos de aplicación al caso, que, en su momento, se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

En base a lo que establecen sus Estatutos, la _____ es una sociedad urbanística de las reguladas por el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, y creadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1345/1976, de 9 de abril.

Por lo que a Castilla-La Mancha se refiere, tales sociedades urbanísticas se encontrarían hoy contempladas en el artículo 18 del Reglamento de la Actividad de Ejecución (RAJ, en adelante), aprobado por Decreto 29/2011, de 19 de abril, dictado en desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (TRLOTAU, en adelante), aprobado, a su vez, mediante Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

El artículo octavo del RD 1169/1978, de 2 de mayo, señala que la liquidación de este tipo de Sociedades, en casos de extinción, se realizará en los términos previstos en sus Estatutos, o conforme a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Anónimas y, en su caso, en el ordenamiento jurídico local. Por su parte el artículo 18 del RAJ, indica que en casos de extinción, la liquidación de las sociedades urbanísticas se realizará en los términos previstos en sus estatutos y en la legislación que sea aplicable por razón del tipo de sociedad de que se trate. Los artículos 27 y 28 de los Estatutos de la _____ regulan las causas y el procedimiento de Disolución y Liquidación de la misma.

En cuanto a la cuestión planteada sobre las actuaciones a realizar por la sociedad municipal demandada, dada la insolvencia de ésta y la consiguiente imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones con los bancos y proveedores, entre las cuales, el propio



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Ayuntamiento sugiere la posibilidad de solicitar la declaración de concurso de acreedores, hay que empezar recordando, precisamente, que no solo puede sino que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC, en adelante), el órgano de administración de la sociedad tiene el deber de *"solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia"*. Estado de insolvencia que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 del citado texto legal, tiene lugar siempre que el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Por otra parte, ya el artículo 103.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL, en adelante), imponía a las Entidades locales que gestionaran sus servicios o actividades directamente en forma de empresa privada la disolución de ésta, cuando las pérdidas excedieran de la mitad de su capital social. Obligación reiterada también, en parecidos términos, por el artículo 363.1, letra e), del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC, en adelante). Del examen de la documentación facilitada parece deducirse que ya se cumplen los requisitos de disolución de la sociedad indicadas en este párrafo.

Por tanto, no tiene por qué esperarse a la aplicación de la DA 9ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local para proceder a su disolución y liquidación si se cumpliese alguna otra causa legal para proceder a ello. En concreto, los artículos 142 y ss. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal prevén la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la liquidación de la empresa y su consiguiente disolución.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Se han planteado dudas al respecto de si una sociedad mercantil de capital íntegramente público puede ser declarada en concurso de acreedores. Pues bien, partiendo de lo dispuesto en el artículo 1 de la LC, que, en su apartado 1, establece que *"La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica"*, y efectuando una interpretación *a sensu contrario* de lo establecido en el apartado 3 del mismo precepto legal, que solo excluye de la declaración a *"las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público"*, la declaración del concurso es posible, a nuestro juicio, aunque la sociedad en cuestión no tenga bienes.

A mayor abundamiento, cabe recordar también que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955, tras establecer el régimen de constitución, gestión y funcionamiento de las sociedades privadas municipales y señalar, en su artículo 89.1, que éstas actuarán *"con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles"*, en ningún momento excluye a las mencionadas sociedades mercantiles del procedimiento de declaración de concurso. Es más, el artículo 98 del citado texto reglamentario, al referirse a las causas de cese de las actividades municipalizadas o provincializadas, menciona expresamente *"la quiebra –hoy, concurso– de la empresa, si el servicio se prestare en forma de sociedad"*.

Luego, de acuerdo con cuanto ha quedado expuesto, nuestra opinión es que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, una vez que se haya acreditado el estado de insolvencia de las mismas, no estarían excluidas, en principio y salvo mejor criterio, del mecanismo del concurso, de forma que no solo se puede sino que debe solicitarse del órgano judicial correspondiente la indicada declaración y, dentro de este procedimiento, proceder a la liquidación y disolución de la citada entidad (____) .



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



SEGUNDO

En cuanto a la cuestión planteada en relación a la hipotética responsabilidad del Ayuntamiento como único propietario capitalista de la sociedad municipal, hay que decir que, en principio, las sociedades mercantiles locales se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en aquellas materias en que, como dice el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante), *"les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación"*. Por otra parte, dichas sociedades mercantiles, según el apartado 2 del citado precepto legal, deberán adoptar por imperativo legal *"una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada"*. Luego, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de la Administración que las crea quedaría limitada exclusivamente al capital aportado por ésta a la sociedad.

Esa es también la conclusión que puede extraerse de lo dispuesto en el artículo 105 del TRRL, que, si bien referido a las sociedades mercantiles con capital social solo parcialmente público, deja claro que *"la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla"*. Y es que, en lo que a las sociedades mercantiles creadas por los Ayuntamientos se refiere, hay que partir de dos datos: el primero, que en sus relaciones *ad extra* con terceros se someten íntegramente al ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil o laboral, salvo en las materias indicadas en el párrafo anterior; y el segundo, que lo característico de la forma societaria adoptada es, precisamente, la limitación de la responsabilidad, que les llevaría a responder solo por las deudas contractuales o extracontractuales contraídas en el ámbito de su actividad con su capital y patrimonio social. Ésta ha sido, precisamente, una de las ventajas fundamentales que, como ha puesto de manifiesto la doctrina administrativa, ha llevado a las diferentes



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Administraciones a personificar sus entes instrumentales en forma de sociedad mercantil de responsabilidad limitada y sujetos al Derecho privado.

Ahora bien, la referida ventaja ha sido, no obstante, puesta en cuestión por algunas decisiones judiciales mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial denominada de "levantamiento del velo", sobre todo, en el caso de aquellas sociedades con capital íntegramente público y dependientes, por tanto, de la Administración que las crea, al considerar que las relaciones que se producen entre ambas instituciones se producen entre una Administración y un ente instrumental que forma parte de la misma. La expresada doctrina del "levantamiento del velo", según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2009, autorizaría *"a los jueces a penetrar en el verdadero sustrato personal de las entidades y sociedades con el propósito de evitar que, en fraude de ley (prohibido también por el artículo 6.4 del repetido Título Preliminar), hagan uso de su personalidad jurídica independiente para causar perjuicios a intereses públicos o privados"*.

En parecidos términos se expresaba ya la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1984, al afirmar que *"desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil)». En consecuencia, a los efectos de la determinación de la responsabilidad contraída en virtud de un contrato, continúa diciendo la última de las Sentencias citadas, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona»".

Postura jurisprudencial que ha sido recogida más recientemente en la Sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, con fecha 21 de julio de 2010, cuyo Fundamento Jurídico Octavo reproducimos literalmente, a continuación, dado el interés y similitud que el caso tiene con el supuesto objeto del presente Informe: *"Octavo.- Dada la condición de Administrador único de la mercantil Dehesa Boyal de Villarrasa S.R.L. del Ayuntamiento de Villarrasa en la persona de su Alcalde Presidente, dada la actuación del citado Ayuntamiento en la desaparición total del activo de la mercantil, como ha quedado reflejado, lo que de hecho ha impedido el cobro por parte del actual apelante de la cantidad que le fue reconocida en Resolución Judicial firme, y dado el contenido de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, declaramos la responsabilidad del Ayuntamiento de Villarrasa en el impago de la deuda debida por la empresa Dehesa Boyal de Villarrasa S.R.L. al actual apelante, y en consecuencia condenamos al Ayuntamiento de Villarrasa a abonar al actual apelante la cantidad que aun se le adeuda por los conceptos antecitados, de 142.630'41 euros, más los intereses legales solicitados que se calcularán desde el momento de la notificación de la actual Sentencia hasta el momento del abono efectivo de la cantidad referida".*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



TERCERO

Otra cuestión que consideramos de interés analizar, en base a los datos facilitados, es la de determinar la posible responsabilidad de los administradores de la expresada sociedad municipal. Según el artículo 18 del RAJ aprobado por Decreto 29/2011, de 19 de abril, las indicadas sociedades *"podrán revestir cualquiera de las formas de personificación admitidas por el Derecho privado"*, siempre que dicha personificación *"conlleve limitación de la responsabilidad de los socios o miembros"*, reiterando más adelante que la *"sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad en la que la responsabilidad se encuentre limitada a su aportación de conformidad con la normativa aplicable"* Es decir, la voluntad del legislador, tanto en un caso como en otro, es la de limitar la responsabilidad de los miembros integrantes de la sociedad en cuestión.

Ahora bien, dicho lo anterior, no podemos dejar de señalar que una cosa es la hipotética responsabilidad de los socios o miembros de la sociedad constituida, es decir, de los propietarios capitalistas de la misma –que en el supuesto sometido a nuestra consideración sería el Ayuntamiento, como propietario único del cien por cien de su capital social–, y otra muy distinta la responsabilidad imputable a los administradores de aquélla.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades constituidas bajo el régimen de responsabilidad anónima se regula en los artículos 236¹ y 237² del TRLSC y según los cuales los administradores responderán solidariamente, entre otros, frente a los

¹ **Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad**

1. *Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.*

2. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.*

² **Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad**

Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



acreedores sociales por el daño causado a estos como consecuencia de la realización de actos u omisiones contrarios a la Ley o a los Estatutos o incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

CUARTO

La siguiente cuestión que vamos analizar se refiere a la posibilidad de celebrar un contrato de servicios de "Asesoría Legal para llevar a cabo la Liquidación y Disolución de la Sociedad Mercantil ____". En el documento remitido no se facilita información de cual sería exactamente el objeto del contrato. La duda principal radica en quien puede celebrar este contrato, si el Ayuntamiento o la empresa _____. Pues bien, para dar respuesta a esta pregunta, es indispensable conocer el objeto del contrato; si su objeto consistiese simplemente en el asesoramiento legal en todo el proceso de declaración concursal y su consiguiente liquidación y disolución entiendo que debería ser la empresa municipal quien lo celebre. Hay que tener en cuenta que una vez declarado el concurso de acreedores el juez de lo mercantil puede nombrar administradores concursales y serían ellos quienes encabezarían el proceso concursal.

Si el objeto del contrato consistiese en el asesoramiento legal, durante el proceso concursal, con la finalidad de evitar la posible responsabilidad analizada en los apartados segundo y tercero de este informe, entonces entendemos que el destinatario del servicio sería, más bien, el Ayuntamiento.

Por tanto, tendrá que analizarse, por la Secretaría del Ayuntamiento, la finalidad que se pretende conseguir con el citado contrato de servicios y en función de su objeto real, este puede ser contratado por el Ayuntamiento o por su sociedad mercantil (_____).

En la solicitud de informe se mencionan una serie de problemas, financieros y presupuestarios, de la sociedad mercantil y del Ayuntamiento respectivamente que dificultarían la celebración del mismo. En este informe no se puede profundizar en el análisis



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



de los problemas citados dado que no se dispone de la información necesaria para ello y, además, se escapa del objeto del mismo.

QUINTO

En cuanto a las cuestiones relativas al mal llamado “Técnico Municipal”, se va a proceder a analizarlas, una a una, previa exposición de los hechos que se describen en la solicitud de informe.

Según la solicitud, la _____ tiene un contrato laboral con un arquitecto al que se le denomina, de forma inapropiada, “Técnico Municipal” y al cual no se le puede pagar las nominas por no disponer de fondos para ello. A su vez, el Ayuntamiento hizo una encomienda de gestión con la _____ para que sea esta última, a través de su propio personal, la que realice los informes técnicos necesarios (suponemos que en las materias de urbanismo y obras). La _____ emite facturas al Ayuntamiento por la prestación de estos servicios. El Ayuntamiento embarga, por orden de la Agencia Tributaria o de la SS, las facturas que le ha emitido la _____ como consecuencia de las deudas que esta tiene con esos organismo públicos lo cual dificulta que la empresa pueda pagar a su trabajador.

¿Procede despedir al trabajador? ¿Cuándo?

En el supuesto de que concurra alguna de las causas de extinción del contrato que se prevén en los artículos 49 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), procedería su extinción en el momento en que se acredite el cumplimiento de los requisitos marcados. Dados los datos facilitados en los que se aprecia la existencia de pérdidas durante dos años consecutivos (memoria de las cuentas anuales de la _____), procedería el despido objetivo en base a lo que establece el artículo 51.1 del ET en concordancia con el 52.c) del mismo texto legal por causas económicas.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Destacar que el despido también se puede acordar por los administradores concursales, en el proceso que se lleve a tal efecto, según lo dispuesto en los artículos 8 y 64 de la LC

Cuándo se disuelva el _____, ¿el arquitecto puede pasar a ser trabajador del Ayuntamiento?

Tenemos que volver a recordar en este punto que la _____ está sometida a la LRRL, art. 85. ter que en su apartado 1 indica que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. Esto es, el régimen de su personal será el del derecho laboral.

Por tanto, lo primero que debemos estudiar es qué sucede en el ámbito laboral cuando una empresa sucede a otra, y esa cuestión se regula en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores aprobado por RDLeg 1/1995, de 24 de marzo. En este precepto se prevé que la transmisión de la empresa no implica la desaparición de la relación jurídica del trabajador, sino que, el nuevo empresario se subroga en la relación existente siempre que se refiera a la entidad económica de manera que se mantenga su identidad, para lo cual debe referirse al conjunto de medios organizados que permitan llevar a cabo esa actividad.

No basta por tanto el elemento de la propiedad para determinar de manera automática la subrogación de los trabajadores. Lo que determina esa sucesión de empresas es que la nueva propiedad continúe realizando la actividad que constituía su objeto. Sobre el concepto de sucesión de empresas y consiguiente subrogación de los trabajadores, la jurisprudencia ha consolidado un concepto al respecto de forma que se exige la transmisión de ese conjunto de medios materiales y en su caso personales que constituyan una unidad de producción susceptible de explotación.

Por lo tanto, concurrirá una verdadera sucesión de empresas sólo cuando se den esos requisitos del art. 44 citado según la interpretación jurisprudencial de este (Sentencia del TS



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



de 23 de noviembre de 2004). Esto es, cuando exista una transmisión de la titularidad de la empresa o de una parte importante de su activo y cuando además los elementos que se transmiten sean susceptibles de ser considerados una unidad de producción.

De manera sucesiva se ha ido definiendo el concepto de la sucesión por el Tribunal Supremo llegando a establecerse hasta cuatro clases de sucesión: la básica o pura del art. 44 del Estatuto, la convencional (fruto de la aplicación de convenios colectivos) la contractual (por efecto de lo pactado entre empresas) y la de plantilla. Este último, se refiere a los supuestos en que la transmisión de la plantilla constituye la propia sucesión en aquellos casos en que la actividad empresarial radica fundamentalmente en la desarrollada por la mano de obra siendo accesorios otros aspectos organizativos o materiales.

De esta forma podemos ir concluyendo que de acuerdo con la normativa laboral, la mera disolución de la sociedad no implica forzosamente que se produzca la sucesión de empresas y consiguiente pase de los trabajadores a la plantilla municipal de manera automática.

La jurisprudencia acerca de los supuestos en que se disuelven sociedades u otras entidades dependientes llega a la conclusión de que para exista subrogación de los trabajadores es preciso que se den las circunstancias previstas en el tantas veces citado art. 44 ET y, por tanto, hay sucesión de empresas cuando se traslada la unidad productiva y se continúa con la misma actividad y no hay sucesión cuando se trata de una disolución que venga acompañada de una mera reubicación de los trabajadores en la plantilla municipal. Así se considera justificada la integración de trabajadores en el Ayuntamiento cuando se trata de servicios públicos cuya gestión directa se rescata y fundamentalmente cuando se trata de trabajadores que inicialmente fueron municipales. Cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 4 de octubre de 2007 (EDJ 2007/246671) y la del TSJ de Andalucía de 18 de junio de 2007.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Por otro lado, la situación a la que pasan esos empleados es la de trabajadores contratados en régimen laboral indefinido, no fijo, por lo que se entiende que en esa situación será en la que se mantendrán en tanto no se produzca la selección de dicho personal conforme a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Se compadece así mejor esa tesis con la doctrina jurisprudencial que regula esa figura del indefinido, no fijo, que se mantiene en su puesto por efecto del derecho laboral que le ampara en tanto no se produzca la selección correspondiente que respete lo previsto en el derecho administrativo.

A modo de conclusión, con los datos de que dispone este informante, resultaría complicado justificar una subrogación de empresa y consiguiente asunción del personal de la _____ por parte del Ayuntamiento cuando no se va a producir una transmisión de la unidad productiva sino más bien una disolución de esta y un reparto del activo entre sus acreedores, entre los que también estará el trabajador por las nominas impagadas.

¿Puede el Ayuntamiento celebrar un contrato de servicios para realizar las tareas del "Técnico Municipal"? ¿Podría contratarse con el trabajador de la empresa una vez este dado de alta como autónomo?

En el escrito de solicitud del informe se hace referencia en numerosas ocasiones a que el trabajo que desarrolla el Arquitecto del _____ para el Ayuntamiento son las propias de "Técnico Municipal" sin describir exactamente cual es el trabajo concreto que desarrolla. De las conversaciones mantenidas con la Secretaria se me indica que el trabajo que se hacía por la _____ para el Ayuntamiento era el de emisión de informes urbanísticos, control de obras, y otras actuaciones vinculadas con el urbanismo. La información de que se dispone es bastante escasa y, como se analizará en otro punto posterior, debería el Ayuntamiento preguntarse si quiere seguir prestando los mismos servicios que hasta ahora o replantearse el ámbito de actuación que debe abarcar.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



La línea que separa el contrato laboral de aquellos otros de naturaleza administrativa, como es el de servicios del TRLCSP, aunque clara, es traspasada con facilidad por el propio devenir administrativo y, por eso, aunque teóricamente existan criterios legales claros para diferenciarlos, nos movemos, no obstante, en un campo sinuoso.

La jurisprudencia tiene delimitado el ámbito de la contratación administrativa de servicios "a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual", es decir, que lo que se contrate sea "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma". (STS de 2 de febrero de 1998). Consideramos, pues, que el contrato al tener por objeto las "tareas propias de un Técnico Municipal" lleva inherente las características de ajenidad y dependencia, y, por ende, carácter retribuido, propia de una relación meramente laboral que no puede desvirtuarse mediante un contrato administrativo, en base a lo dispuesto en el artículo 1.3 a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que excluye del ámbito laboral el personal al servicio de las Corporaciones locales cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias. Por lo tanto, al quedar patente el carácter personal de la contratación pretendida que es el característico de una relación laboral, así como la regularidad en el tiempo y la contraprestación que pudiera constituir sueldo, se estaría ante el encubrimiento de una auténtica relación laboral que conlleva el riesgo de sanción por la Inspección de Trabajo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Nuestra contestación, pues, a la cuestión sobre si procede la contratación administrativa de un profesional autónomo para realizar las tareas propias de un "Técnico Municipal", es que dicha contratación no se ajustaría a la legalidad al reunir todas las características propias de una relación laboral.

Somos conscientes de las dificultades del Ayuntamiento para solucionar adecuadamente el problema al no disponer de personal preparado para desempeñar ese trabajo una vez que la _____ deje de prestar servicios para el Ayuntamiento. Sería conveniente que antes de que la _____ deje de prestar servicios al Ayuntamiento este inicie el procedimiento necesario para dotarse de personal propio que pueda desempeñar este trabajo.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que a través de los anexos del Presupuesto de la Corporación cuyo acuerdo es competencia del Pleno, se aprobaría la Relación de Puestos de Trabajo y el anexo de la plantilla del personal en que figuraría el puesto con su asignación presupuestaria.

Una vez adoptados dichos acuerdos, la competencia está atribuida al Alcalde o a la Junta de Gobierno Local, en su caso, para aprobar la oferta pública de empleo y las bases de la convocatoria de conformidad con el artículo 21.1.g) de la LRBRL, pues una vez la plaza esté presupuestada, es decir, incluida en la plantilla y vacante, ha de ser objeto de oferta de empleo público, de conformidad con el artículo 126 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL). Ahora bien, hay que tener en cuenta las limitaciones del artículo 21. Uno de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (en adelante LPGE 2014) en relación a las OEP que se pueden convocar por los Ayuntamientos y las excepciones admisibles.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Sin perjuicio de lo dicho antes, se deduce del escrito del Alcalde que estamos ante un caso extraordinario y que el Ayuntamiento estará urgentemente necesitado de cubrir el puesto aunque sea temporalmente, en consecuencia podría ser de aplicación la excepción prevista en el artículo 21.2 de la LPGE 2014, cuando dice textualmente que: *"Durante el año 2014 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales"*.

Es sabido que dicho apartado no contiene una prohibición absoluta para la contratación de personal laboral o funcionario, sino que solo establece unas limitaciones a dicho tipo de contratos.

Ahora bien, solo si el Ayuntamiento no ha creado el puesto en la RPT, ni ha tramitado el expediente para seleccionar el personal necesario para hacer las funciones de "Técnico Municipal" antes de que la _____ deje de prestarle este servicio, se podría valorar acudir, **temporalmente**, a un contrato de servicios, siempre que se esté respetando lo dispuesto en los artículos 10 y 301 del TRLCSP.

Según el artículo 10 del TRLCSP son contratos administrativos de servicios *aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro*.

Para que pueda ser viable ésta contratación administrativa será necesario la previa formulación de una Propuesta del Servicio de Urbanismo (si existe) o de funcionario idóneo, mediante la cual se determine con precisión el objeto del contrato y de los servicios que debe prestar este profesional (Arquitecto), en que quede aclarada la naturaleza y extensión de las necesidades que pudieran cubrirse mediante un contrato de servicios del TRLCSP categorizado de conformidad con el Anexo II, siempre, a nuestro juicio, dentro de la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Categoría 12 (Servicios de Arquitectura, ...) e incluyendo la codificación del objeto del contrato, según el Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por el Reglamento 213/2008-CE, de 28 de noviembre de 2007, de conformidad con el artículo 22.1 en relación con el 10 del TRLCSP, que dispone que los Entes y Poderes Públicos podrán celebrar contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

Esta propuesta motivada –de la que deberá quedar constancia– se asumirá por el órgano de contratación en el acuerdo de iniciación del expediente (artículo 22 en relación con el 109.1 del TRLCSP), considerando como procedimiento más adecuado para su adjudicación el procedimiento negociado sin publicidad, puesto que su valor estimado es inferior a 100.000 euros y superior a los 18.000 euros del contrato menor, además de la existencia de imperiosa urgencia (artículos 170 y 174 del TRLCSP).

Aconsejamos el procedimiento negociado sin publicidad pues posibilita su vigencia a más tiempo de un año (solo en el supuesto de que fuese necesario superar dicho plazo), requiere de la solicitud de al menos tres ofertas (entre las cuales puede estar el actual trabajador del _____ si cumple los requisitos de capacidad y solvencia para contratar con la AAPP), cuya adjudicación recaerá en el candidato justificadamente elegido tras efectuar consultas con los candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos y, además, por la garantía que supone la formación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas. En la mayoría de los casos la competencia para adjudicar será del Alcalde en base a la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP –contratos cuyo importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto–.

Se recomienda tener en cuenta, para la tramitación y ejecución del contrato, la Instrucción del MINAHP sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores y que la Inspección de Trabajo lo considere un contrato laboral fraudulento.

(<http://www.femp.es/files/566-1363-archivo/28%2012%2012%20Instrucc%20%20SEAP-SEPG%20Gestion%20contratos%20servicios.pdf>.)

No obstante, queremos dejar abierta la posibilidad de acudir al procedimiento de adjudicación de un contrato menor de servicios, en cuyo caso la cuantía no debe exceder de 18.000 euros (sin IVA), no puede superar el plazo de un año, ni ser objeto de prórroga (artículo 23 del TRLCSP), ni de revisión de precios (artículo 89.2 del TRLCSP) y no existirá formalización del contrato (artículo 156.2 del TRLCSP). En la mayoría de los casos la competencia para adjudicar también es del Alcalde.

Suponiendo que haya que crear un puesto en la RPT de Técnico Municipal, ¿tiene que ser de personal funcionario, laboral, eventual u de otro tipo?.

La administración puede contratar a su personal, principalmente, dentro de estos regímenes: personal funcionario o estatutario, personal laboral y eventual.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, señala que *"solo con carácter excepcional se puede recurrir a la contratación laboral, siendo una ley la que establezca los criterios de clasificación de los distintos puestos de trabajo como funcionarios o laborales"*. En nuestra CCAA, el artículo 11 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla la Mancha (en adelante LEPCLM), en sus apartados 2 y 4 señala que: *"el personal laboral puede desempeñar las funciones no reservadas al personal funcionario de acuerdo con el artículo 6, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente"* y *"en ningún caso se puede contratar personal laboral para el ejercicio de funciones reservadas al personal funcionario, excepto en los siguientes casos³ y siempre que no impliquen la*

³ a) Contratos de trabajo en prácticas o para la realización de una obra o servicio determinados, siempre que dichas contrataciones se realicen en virtud de convocatorias de ayudas o subvenciones de Administraciones públicas o de la Unión Europea que exijan dichas modalidades contractuales, y que, en todo caso, finalicen cuando así lo establezca la normativa aplicable.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales".

Por su parte, en relación con el personal eventual, el artículo 12 de la LEPCLM nos indica que este personal es el que *"con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin"*.

El artículo 6 de la LEPCLM señala, para el personal funcionario que "el ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario" y en su apartado 2⁴ se reseña un listado de actuaciones que se consideran, en todo caso, que suponen ejercicio de potestades públicas.

Será el Ayuntamiento, a través de su RPT, la que delimitará el contenido de las funciones de ese "Técnico Municipal" y, en base a esa delimitación, tendrá que optar entre crear una plaza de funcionario o de personal laboral. Debe precisarse, en ese instrumento, si va a realizar funciones de emisión de informes en asuntos urbanísticos, comprobaciones de obras y actividades, elaborar proyectos de obras o asumir la dirección de las mismas y, sobre todo, si va a ejercer funciones de inspección o de policía en materia urbanística y de

b) Contratos de trabajo con el personal investigador en los términos previstos en la normativa sobre investigación científica y técnica.

⁴ 2. Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:

- a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
- b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas.
- c) La emanación de órdenes de policía.
- d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
- e) La contabilidad.
- f) Las de tesorería.
- g) La fe pública.
- h) La recaudación.
- i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.
- j) El asesoramiento legal preceptivo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



actividades clasificadas –que cada vez van a tener mayor importancia en los Ayuntamientos al generalizarse la figura de la comunicación previa y la declaración responsable con la consiguiente obligación de la AAPP de inspeccionar la actividad privada-.

Por todo lo anterior, si las funciones del “Técnico Municipal” van a consistir, principalmente, en la emisión de informes, estos pueden ser emitidos tanto por personal funcionario como por personal laboral; sin embargo, si dentro de las funciones que se establezcan en la RPT, se encuentra algunas de las indicadas en el apartado 2 del artículo 6 de la LEPCLM, entonces, necesariamente, se debería crear y disponer de un puesto de funcionario municipal para ejercerlas.

SEXTO

La última cuestión que resta por analizar es la referente a la posición del inquilino que tiene arrendado con opción de compra uno de los locales de la empresa _____. Nos tenemos que remitir, a tal fin, a lo que dispone la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) que en su artículo 1 señala que se aplica a todo tipo de arrendamientos urbanos, ya sea para vivienda o para uso distinto de vivienda.

El artículo 3 de la LAU define que se entiende por arrendamiento para usos distinto de vivienda –entra dentro del supuesto que estamos analizando- y el artículo 4 nos indica que los arrendamientos sujetos a esta ley se someten a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y en el caso de arrendamientos para uso distinto de vivienda se regirán, además, por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el código civil.

Pues bien, desconocemos el contenido del contrato de arrendamiento que habrá firmado la _____ con su inquilino, pero, se tendrá que estar a lo que allí disponga, y, en su defecto, a lo que pone el artículo 29 de la LAU al indicar que el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Por tanto, si la _____ entra en proceso de liquidación y disolución en fase concursal, será el acreedor que se quede con la titularidad del local arrendado el que se subrogará en la posición de la sociedad municipal.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 21 de julio de 2014