

# IMPROCEDENCIA DE LA REVOCACIÓN DE LA CONDICIÓN DE ASOCIACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA EN SUPUESTOS DE “EXTERNALIZACIÓN” DE SERVICIOS PÚBLICOS EN FAVOR DE ASOCIACIONES CON TAL CARÁCTER

Comentario a la STS, Contencioso-3<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 2016, RJ 685

**Juan Antonio Carrillo Donaire**

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Loyola Andalucía

## 1. La potestad administrativa de revocación de la condición de asociación de utilidad pública

Las asociaciones desempeñan un papel fundamental para la articulación institucional de la participación ciudadana en la vida social. En ocasiones, los intereses que persiguen confluyen y se solapan con los intereses generales cuya consecución está encomendada a las Administraciones Públicas. La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, *por la que se regula el derecho de asociación* (en adelante, LOA), en desarrollo del derecho fundamental recogido en el artículo 22 de la CE, contiene un capítulo dedicado al fomento público del fenómeno asociativo que contempla el régimen especial de las llamadas “asociaciones de utilidad pública”. La condición de “utilidad pública” que puede adquirir una asociación se regula como estímulo o acicate para propiciar la realización de actividades de interés general desde estructuras ciudadanas de carácter asociativo. Así, el art. 32 LOA establece los requisitos que deben cumplir las asociaciones que persiguen más intensamente objetivos de interés general para acceder al reconocimiento formal de la condición de “utilidad pública” y de los beneficios que ello supone, que básicamente se concentran en tres:

a) derecho a disfrutar de las exenciones y beneficios fiscales que las leyes reconozcan a favor de las mismas (fundamentalmente contemplados en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, *de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*);

b) acceso preferente o directo a ayudas y subvenciones para atender a sus concretas actividades asociativas, con sujeción a la normativa general de subvenciones públicas contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre; y,

c) disfrutar de otros beneficios económicos que puedan disponerse en la legislación sectorial, y entre ellos, el de la asistencia jurídica gratuita que la Ley de asociaciones reconoce (art. 33).

Como contrapartida, el artículo 34 LOA establece una serie de obligaciones relacionadas con el deber de rendición de cuentas de este tipo de asociaciones en relación con las actividades realizadas en cumplimiento efectivo de fines de utilidad pública. De hecho, el mantenimiento de la condición de “utilidad pública” está condicionado a la verificación del cumplimiento de dichos fines mediante la rendición anual de cuentas, cuyo control se atribuye por la legislación de asociaciones al organismo público encargado del registro de asociaciones donde se encuentre inscrita la entidad declarada de utilidad pública, que puede ser el órgano autonómico o, en el caso de accederse al Registro nacional, el Ministerio del Interior.

En este sentido, es fundamental tener presente el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, *que tiene por objeto regular los procedimientos de declaración de utilidad pública de las asociaciones, la rendición de las cuentas de dichas entidades cuando estén declaradas de utilidad pública y la revocación de las declaraciones de utilidad pública*.

En relación a esta última posibilidad, el art. 7 de la citada disposición prevé un procedimiento de revocación que parte del resultado del procedimiento anual de rendición de cuentas (desarrollado en los art. 5 y 6); según el cual, si la documentación integrante de la dicha verificación no se adecua a la normativa vigente, o la asociación de utilidad pública no evacúa dicho trámite en el plazo previsto, el órgano encargado del registro de asociaciones donde aquélla se encuentre inscrita, previo informe comprensivo de las deficiencias advertidas, podrá instar ante la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior o, en su caso, al órgano competente de la Comunidad Autónoma, la incoación de un procedimiento contradictorio de revocación de la declaración de utilidad pública.

En el marco de este procedimiento, se prevé la revocación de la condición de utilidad pública cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que las entidades declaradas de utilidad pública hayan dejado de reunir los requisitos necesarios para obtener y mantener vigente dicha condición;
- b) que dichas entidades no hayan rendido cuentas o no lo hayan hecho conforme a la normativa en vigor; o,
- c) que las asociaciones declaradas de utilidad pública no faciliten a la Administración los informes a los que se refiere el artículo 34.2 LOA (informes que aquélla les requieran, en relación con las actividades realizadas en cumplimiento de sus fines).

Se trata de un procedimiento que resuelve el Ministerio del Interior en todo caso, de forma que si las asociaciones afectadas se encuentran inscritas solamente en el Registro autonómico y no en el nacional, los organismos responsables de los registros de las Comunidades Autónomas, competentes para controlar la rendición de cuentas en esos casos, han de remitir el expediente una vez instruido a la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, que formulará y someterá al titular del departamento la propuesta de resolución, que adoptará la forma de Orden Ministerial y se publicará en el BOE.

## **2. La revocación de la declaración de utilidad pública por prestación de servicios mediante contraprestación económica de forma conveniada con la Administración, de modo que ésta “externaliza” determinados servicios otorgando la gestión a la Asociación. El supuesto analizado por la STS de 15 de febrero de 2016**

La sentencia núm. 466 de la Sección 3ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016 (ponente: D. Eduardo Espín Templado, rec. núm. 3927/2013, RJ 2016\685) resuelve el recurso de casación interpuesto por L'Associació Tramuntana d'ajut i Reinserció del Toxicòman frente a la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de octubre de 2013, por la que se desestima el recurso promovido por dicha Asociación contra la Orden del Ministerio del Interior de 13 de enero de 2011 que revocaba la declaración de utilidad pública de la recurrente.

La revocación se acuerda por considerarse que *“la entidad desarrolla una actividad empresarial consistente en la prestación de servicios mediante contraprestación*

*económica y que esa actividad se ejerce en condiciones de libre concurrencia con empresas que realizan la misma actividad, no concurriendo en la entidad el fin de promover el interés general*<sup>6</sup>. Según resulta del expediente administrativo, la asociación dispone de dos centros donde presta servicios mediante Convenios administrativos celebrados con el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, percibiendo ingresos por la prestación de los servicios conveniados que suponen en torno al 80% del total. Aunque la Orden de revocación admite que los fines principales de la asociación pueden ser de carácter asistencial, considera, a tenor del art. 3 Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo, que la actividad principal de la asociación es de carácter empresarial, por lo que el mantenimiento de la declaración de utilidad pública -con los beneficios y ayudas que ello conlleva- supone situar a dicha asociación en una posición de mercado más ventajosa que vulneraría las normas de defensa de la competencia.

Por otra parte, se constata que la remuneración que la asociación obtiene por la vía de los convenios administrativos es la parte mayoritaria del total de ingresos, lo que lleva al Ministerio del Interior a interpretar *“que la Administración externaliza determinados servicios, otorgando la gestión a la Asociación”*. Se añade en la orden de revocación que la falta de ánimo de lucro no conlleva necesariamente el *plus* que apareja la utilidad pública en la realización de actividades de interés social, insistiéndose en que si bien los servicios externalizados se orientan al interés general, *“no puede considerarse que su gestión se oriente en el mismo sentido, sino en el propio de la entidad, ya que la actividad empresarial (prestación de servicios) es la principal, y no una accesoria”*. Apreciándose, en definitiva, que no basta con que los fines enunciados en los estatutos de la asociación sean de interés general, sino que, además, es necesario *“que la actividad y los servicios que presta la entidad vayan dirigidos al cumplimiento efectivo de dicho fines”*.

Los motivos del recurso de casación se fundamentan, de un lado, en la infracción del art. 3.3 Ley 49/2002; y, de otro, en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

Para resolver el litigio, el Tribunal Supremo analiza, como cuestión principal, la necesidad del ajuste entre los fines estatutarios de una Asociación declarada de utilidad pública y el cumplimiento “efectivo” de los mismos como condición *sine qua non* del mantenimiento de dicha condición, que es lo que se imputa por la Administración a la asociación recurrente y lo que asimismo apreció el Tribunal *a quo* para desestimar el recurso en primera y única instancia.

Lo que en el fondo discute la Administración para apreciar el desajuste entre los fines estatutarios de la asociación y el cumplimiento efectivo de los mismos es que la celebración de diversos Convenios con el Institut Català d'Assistència i Serveis Socials determina que la asociación *“haya quedado integrada en la Red de servicios sociales de atención pública, prestando servicios adaptados a las previsiones del Plan de Actuación Social vigente en Cataluña”*, por lo que cabe deducir –como sostiene el Abogado del Estado– que en esa condición de entidad prestadora de servicios sociales no hace sino desarrollar actuaciones propias de la Administración catalana, habiéndose producido una *“externalización”* de servicios por dicha Administración. Ello supone que aunque los servicios se orienten al interés general su gestión no ostenta necesariamente ese carácter. En este extremo, además, la Audiencia Nacional trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ya había sostenido que esa externalización del servicio público no proyecta ni atribuye *per se* a la entidad privada que lo ejecuta el interés general perseguido por la Administración territorial, *“por cuanto que su actuación en el tráfico jurídico viene generada por el interés particular de los réditos económicos que dimana de la prestación del servicio asistencial”* (Sentencia de 16 de octubre de 2016 –rec. núm. 81/2011). En este orden de razones, también se sopesa por el Tribunal *a quo* el razonamiento de la Administración sobre la libre competencia, recordando que la firma de un convenio administrativo ha de respetar los principios inspiradores de la contratación pública de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia, que, a juicio de la sentencia de instancia *“se ven afectados por la intervención de una entidad que, frente a otras, goza de beneficios derivados de su reconocimiento como asociación de utilidad de pública”*.

Frente a estos argumentos se alza la asociación en casación esgrimiendo, entre otras razones jurídicas: la no alteración de sus fines sociales de la entidad; la existencia de voluntariado; y, sobre todo, la carencia de ánimo de lucro en sus actividades. En relación a este último extremo importa señalar que la asociación recurrente entiende que la percepción de subvenciones públicas, incluso con un alcance porcentual elevado sobre el conjunto de la actividad, es algo perfectamente lícito a la luz del art. 31.3 LOA y de la jurisprudencia que lo interpreta.

El Tribunal Supremo estima los motivos de casación deducidos. En primer lugar, respecto de la tesis de la Sala de instancia según la cual *“la externalización del interés general perseguido por la Administración territorial no se proyecta a la entidad privada que lo ejecuta por cuanto su actuación en el tráfico jurídico viene generada por el interés particular de los réditos económicos que dimana de la presta-*

*ción del servicio asistencial*“, el Tribunal Supremo afirma, rectificando el criterio del Tribunal *a quo*, que *“la inserción de una Asociación sin ánimo de lucro y que cumple fines de interés general en la red asistencial pública y el hecho de que, por tanto, una tal Asociación esté desarrollando de forma externalizada funciones públicas de interés general, mediando o no convenio, en absoluto le priva a la actuación de la Asociación del carácter de interés general. Las actividades desarrolladas por la misma serán o no de interés general y cumplirán o no los requisitos contemplados por el artículo 32 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación en función de su propia naturaleza, y desde luego no pierden en modo alguno ese carácter por el hecho de que estén realizando de forma externalizada funciones previstas en planes asistenciales de una Administración Pública. Antes al contrario, frente lo que afirma la Sala de instancia, tal circunstancia supone sin duda un importante criterio para entender que sus actividades sí cumplen fines de interés general, pues de tal carácter son los servicios sociales desarrollados por las Administraciones públicas”*.

Esto es, para el Tribunal Supremo, el cumplimiento de servicios sociales en un régimen de “externalización”, entendiéndose por tal la sujeción a un convenio de colaboración que apareja a la asociación al aparato administrativo, no demuestra que *“su actuación en el tráfico privado venga generada por el interés particular de los réditos económicos que dimana del servicio asistencial”*, sino que es más bien un indicio de lo contrario.

Como explica la Sentencia comentada,

*“si la Asociación presta servicios de reinserción de toxicómanos, para un colectivo abierto e indeterminado de posibles beneficiados, sin ánimo de lucro y, por tanto, sin repartir beneficios de ningún género, sino reinvertiendo cualquier posible rédito económico en la propia actividad de interés general, estará dentro de los márgenes que contempla la Ley, aunque perciba retribuciones adecuadas (esto es, proporcionadas a su carácter asistencial) por los servicios prestados y remunerere asimismo de manera adecuada (igualmente en cuantía proporcionada a su naturaleza de asociación de interés público) al personal que trabaja en la prestación de tales servicios, tal como se deduce de la reiterada jurisprudencia de esta Sala. Nada que contradiga lo anterior se afirma respecto de la Asociación recurrente”*.

Finalmente, en lo que respecta a la libre competencia, el Tribunal Supremo considera que se trata de una problemática distinta que no resulta aplicable en el presente litigio, en el que lo está en juego únicamente si una asociación calificada por la Administración como de utilidad pública por ajustarse a los requisitos establecidos por la Ley ha dejado de cumplirlos en el desarrollo de su actividad.

### 3. Conclusión

A la luz del pronunciamiento comentado puede concluirse, en primer lugar, que una asociación cumplirá los requisitos previstos en el artículo 32 LOA para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están “efectivamente” encaminados a promover el interés general y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho precepto; de modo que no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública y desarrolle servicios sociales de manera “externalizada”.

En segundo lugar, cabe sostener por vía de principio que si una asociación interviene en el tráfico jurídico por el interés de los réditos económicos que dimanen de la prestación de un servicio, traducándose en beneficios a sus miembros u órganos de gestión, incumplirá los referidos requisitos, pues su actuación ya no estará encaminada “efectivamente” a promover el interés general sino el particular económico de los miembros o gestores de la Asociación. Sin embargo, esa conclusión no puede alcanzarse, sin más, por el cumplimiento de servicios externalizados mediante convenios con la Administración pública ni de la percepción de subvenciones, en la proporción que sea, pues ambas circunstancias vienen expresamente contempladas en la propia Ley (art. 31.3 y 5 LOA).

Junto a ello ha de tenerse en cuenta, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias anteriores a la aquí comentada, que el hecho de que una asociación obtenga ingresos en el desarrollo de su actividad no presupone el ánimo de lucro en su actuación ni implica necesariamente el menoscabo del interés general que debe perseguir y, en consecuencia no es incompatible con la cualidad de asociación de utilidad pública. El hecho de que se generen beneficios económicos no debe llevar a confusión sobre esa condición, siempre que éstos se reinviertan como objetivo final en esa actividad de interés general (SSTS de 11 de noviembre de 2015 –rec. núm. 1364-, de 1 de abril de 2015 –rec. núm. 3231/2015-, de 26 de julio de 2015 –rec. núm. 1236/2013-, de 30 de enero de 2015 –rec. 2745/2012- o de 22 de noviembre de 2011 –rec. núm. 4031/2008-); que es, además, el criterio acogido por el art. 3 Ley de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que establece como uno de los requisitos necesarios para que las entidades sin fines lucrativos sean conceptuadas como tales el destinar a las realización de sus fines el 70%, al menos, de los ingresos y rentas procedentes de las explotaciones económicas que desarrollen.