Asunto : Informe sobre cesión de contrato de servicios de ayuda a domicilio por modificación de la forma jurídica del contratista.
Solicitante : **Ilmo.Ayuntamiento de Carcabuey**
Expte. : 097/2020

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- Por Ayuntamiento de Carcabuey se remite escrito por el que se adjunta informe de la Alcaldía-Presidencia (sustituta) del Ayuntamiento indicando que el servicio de ayuda a domicilio en esa localidad se ejecuta por una entidad privada a la que le fué cedida la Residencia de Mayores en 1999 con el fin de que llevara a cabo tales fines, señalando que con posterioridad al acuerdo plenario de cesión por el contratista se ha modificado la forma jurídica de éste pasando de Asociación a Fundación sin que se tenga constancia de comunicación a este respecto, resultando que dado que mensualmente se debe certificar por la corporación la ejecución del servicio con remisión al órgano competente de la Junta de Andalucía, la documentación mensual en la que se basa la certificación a emitir por la Secretaría no se realiza por la Asociación Promi, sino que viene firmada por la Fundación Promi que es la que verdaderamente presta el servicio.

En virtud de ello, habida cuenta que en el Ayuntamiento de Carcabuey no constan al día de la fecha documentación acreditativa por la cual se pasará de la Asociación a la Fundación, se solicita Informe de este Servicio Jurídico sobre la legislación aplicable en este caso, para que si es posible quede regularizado el expediente indicándose la documentación que debe aportar la empresa para que se pueda certificar por parte de Secretaría que quien tiene adjudicada la cesión es hoy la fundación que es la que presta el servicio y no la asociación, asimismo, se solicita los pasos a seguir para que se proceda a la legalización del expediente.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) (actualmente derogada).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Real Decreto 1098/2001, por el que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA).
- Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA).

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. Se indica por el Ayuntamiento consultante que la prestación del servicio de Residencia de Mayores del municipio tiene su origen en el acuerdo del Pleno de la entidad de fecha 20 de enero de 1999, por el que se procedió a la cesión del inmueble a una asociación privada sin ánimo de lucro por espacio de 30 años para que ésta prestase tal servicio.

A la fecha de adopción del acuerdo la normativa en materia de contratación que se encontraba vigente era la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que quedó derogada posteriormente por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, en sus apartados 1 y 2, dispone:

"*Disposición transitoria primera Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.".

Con arreglo a lo previsto en dicha D.T., sin perjuicio de cuando se produjo la adjudicación del contrato administrativo a que nos referimos en el presente informe, la fecha a tener en cuenta para la aplicación de la respectiva normativa contractual es la de aprobación de la cesión y/o concertación del servicio se refiere, es decir, la del acuerdo plenario que se pronuncia en dichos términos, por lo que, a todos los efectos, la norma a tener en consideración en todo cuanto a dicho contrato atañe será la ya indicada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), como normativa vigente al momento de referida aprobación.

pie_firma_conb_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

SEGUNDO.- En lo que respecta a la contratación llevada a efecto en su día por el Ayuntamiento, y a la vista de la documentación facilitada al respecto por éste, no nos consta que se llevara a efecto ningún tipo de licitación en este sentido, pues del contenido del acuerdo plenario de 20 de enero de 1999, lo único que cabe concluir es que se hizo una cesión de bienes de naturaleza patrimonial a favor de una entidad asociativa sin ánimo de lucro a fin de que ésta ultimase el proyecto y puesta en marcha de la Residencia de Mayores y explotase el servicio durante un periodo de treinta años, aprobando para ello un convenio cuyo contenido íntegro se transcribe en el propio acuerdo.

A la vista de ello, a juicio del que suscribe, el encuadramiento jurídico que aparece como posible para el encaje del citado acuerdo pasaría por la utilización en su momento por la corporación municipal de la figura del concierto "*con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trat*e", tal cual preveía el artículo 157, letra c) de la Ley 13/1995, pues, del análisis de lo realizado a este respecto por la entidad, cabe deducir que cuando habla del "*modo de gestión*" en el texto de aquél acuerdo plenario a lo que se estaría refiriendo es la gestión del servicio público de Residencia de Mayores, cuestión ésta muy distinta a la del otro acuerdo adoptado a la par por el Pleno municipal en el que se acordaba la cesión del inmueble, pues en este sentido éste se expresa con meridiana claridad en su parte sustantiva, en el apartado B), cuando, a se acuerda : "B*) Iniciar expediente de cesión del bien inmueble a PROMI*", es decir, por el contexto por el que se desplaza la postura municipal una vez decidida la gestión de un servicio municipal por medio de un convenio (que cabría hipotéticamente equiparar al texto de un concierto directo), se acomete como en un segundo plano la cesión patrimonial con carácter temporal a modo de dotación de ese servicio, pues incluso hay un compromiso municipal de dotación de mobiliario del citado inmueble. No consta en documento alguno que se hubiera tramitado expediente de contratación de clase alguna en este sentido, ni que se impusiese al beneficiario canon o contraprestación económica alguna, aunque no por ello, y sobre la base de que estamos hablando en cierta forma de que la entidad asociativa como beneficiaria de la explotación del servicio a su propio riesgo y ventura -como así parece deducirse del texto del convenio, pues el Ayuntamiento no asume riesgo operacional alguno en la prestación del servicio-, deja de asumir un papel de contratista de la corporación municipal, circunstancia ésta que, a la postre, deviene fundamental en cuanto a lo que al contenido de este informe incumbe.

Es por ello que, sin entrar a profundizar en más circunstancias respecto de la concertación en su día del servicio público de Residencia de Mayores, pues no es objeto de este informe realizar fiscalización ni juicio alguno respecto de las decisiones adoptadas por un ente local que, bajo la autonomía de su voluntad, puede llevar a cabo todas aquellas actuaciones que, a su juicio, estime por oportunas en aras del interés general, entendemos procede realizar a renglón seguido el análisis o estudio de las circunstancias expuestas por dicha entidad local en cuanto a la modificación de la persona jurídica (contratista) explotadora del servicio y sus efectos y actuaciones procedentes.

TERCERO.- La cuestión fundamental sometida a consulta parte del hecho de que la entidad contratista en origen tenía la forma jurídica de "Asociación sin ánimo de lucro", resultando que con posterioridad, durante la vida del contrato, ésta ha pasado a ser una

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

Fundación privada, transfiriendose a ésta última todos los Centros y Actividades que venía desempeñando aquella otra -entre ellos, obviamente, la Residencia de Mayores del municipio de referencia-, por lo que, a lo que aquí interesa, el objeto de estudio se basa en el régimen jurídico aplicable a esa modificación operada en la persona del contratista.

Para ello partimos de la base, respecto de la situación referida, de que a priori este planteamiento nos ofrece una serie de dudas sobre determinadas circunstancias relativas a la persona del contratista y al régimen aplicable al acto de transmisión realizado por éste, que es necesario analizar con objeto de dar un sentido lógico a las posibles actuaciones que pueda llevar a cabo el Ayuntamiento a este respecto :

- Por un lado, no se tiene conocimiento -o al menos de la documentación aportada así se deduce- de que el contratista del servicio haya hecho comunicación específica a la corporación municipal de la actuación llevada a cabo en 2004, indicándole a éste con precisión si lo que se había producido era una escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma, manteniendo la entidad primitiva su personalidad jurídica como asociación, o por el contrario si se había producido una transformación de ésta pasando a ser una entidad nueva con una nueva personalidad jurídica, o bien, si la operación que se había llevada a cabo era una transmisión o cesión específica a un tercero del contrato que se prestaba a ese municipio. Circunstancias éstas que representarían una información relevante aunque no decisiva sobre la materia, en su debido momento, sobre todo, como después veremos, para coadyuvar a dilucidar el régimen jurídico aplicable a la transmisión operada y los requisitos exigibles para ello.

En este sentido el Informe 30/01, de 13 de noviembre de 2001. JCCA, sobre "Alcance del apartado 6 del artículo 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y posibilidad de su aplicación en operaciones de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma que no supongan la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde, aporta o transmite. Transmisión de una concesión administrativa como consecuencia de aportación empresarial. Diferencia con la figura de la cesión del contrato", viene a ser tajante al respecto cuando en su Consideración Jurídica 2ª, párrafos 2º y 5º, manifiesta que : "*...A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la regulación de este extremo que introduce la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como novedad en relación con la Ley de Contratos del Estado, obliga a prescindir del dato de la extinción o subsistencia de la personalidad de la empresa que se escinde, aporta o transmite empresas o ramas, dado que la interpretación literal del citado artículo 112.6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas conduce a concluir que los únicos requisitos que exige son que se trate de supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de las mismas y que la entidad resultante o beneficiaria mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación, sin hacer referencia alguna al dato de la subsistencia o extinción de la empresa que se escinde o transmite*"; (...) "*...En definitiva y como conclusión de este apartado se debe sentar la de que la delimitación del ámbito de aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede realizarse sobre la base del dato de la subsistencia o extinción de la personalidad de la empresa que se escinde, aporta o transmite empresas o*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

ramas de actividad de las mismas o cede los derechos y obligaciones derivados de un contrato."

A este respecto, y a tenor de la documentación facilitada por la consultante, sólo nos cabe por deducir que estaríamos ante una transmisión de derechos y obligaciones a otra entidad jurídica ya existente, manteniendo la de origen su personalidad, ello es así en virtud de que conforme a los datos que figuran en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, actualmente sigue estando inscrita la Asociación de referencia, sin que conste baja o transformación alguna de ésta -al menos en los datos de libre acceso que figuran en el mismo- (no obstante ello cabría deducirse asimismo del contenido del punto 4º del acuerdo de la Asamblea General de Socios de la asociación de 11 de diciembre de de 2003), así como que, con arreglo a los datos que obran en el Registro Nacional de Fundaciones estatales, del Ministerio de Justicia, aparece inscrita la Fundación igualmente referida constando que su constitución data de 11 de junio de 1998, y que su inscripción en tal registro es de fecha 18 de marzo de 1999, siendo su único fundador la Asociación reseñada. Quiere ello decir que incluso al momento de la adopción del acuerdo plenario donde se decidió la forma de gestión del servicio municipal con cesión a la entidad asociativa, ya existía la persona de la Fundación, es decir, ambas coexistían en referido fecha, por lo que la contratación bien hubiera podido haberse realizado con ésta otra una vez ésta inscrita en el registro público correspondiente, aunque resulta obvia decir que, a los efectos de este informe, poco o nada interesan los razonamientos del porqué de que se hiciera de una manera y no de otra, y del porqué a posteriori se decidió la transmisión de todo ello a la entidad fundacional.

- Y por otro lado, bajo la premisa de que bien pudiéramos encontrarnos ante un supuesto de los contemplados en el artículo 113.6 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que expresamente determina :

> "*...6. En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que la entidad resultante o beneficiaria mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación*."
> (Número 6 del artículo 113 redactado por el artículo único de la Ley 53/1999, 28 diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 29 diciembre).Vigencia: 29 marzo 2000),

O bien ante un supuesto de cesión de contrato, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de esa misma Ley en cuanto que a este respecto disponía que :

> *"Artículo 115 Cesión de los contratos*
>
> *1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato*.

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.
b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.
c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.
(Letra c) del número 2 del artículo 115 redactada por el artículo único de la Ley 53/1999, 28 diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 29 diciembre).Vigencia: 29 marzo 2000)
d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar."

Nos remitimos al contenido del Informe ya referido de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Núm. 30/01, de 13 de noviembre de 2001, en el que, al respecto de la distinción entre ambas figuras, en su Consideración Jurídica 3ª, viene a señalar lo siguiente :

"...3.- Elemento decisivo para resolver la cuestión suscitada es, a juicio de esta Junta, la comparación entre las expresiones utilizadas por el artículo 112.6 y 114 de la Ley como supuestos de derecho que determinan su respectiva aplicación, pues aunque es cierta la falta de definición de empresa utilizada por el primero, también lo es que no puede confundirse con la exclusiva cesión de los derechos y obligaciones de un contrato, sino que aquel concepto de empresa ha de comprender necesariamente algo más. En el supuesto contemplado en el artículo 112.6 la subrogación de los contratos es consecuencia de una sucesión empresarial en la que se transmite un activo y un pasivo global, mientras que en el supuesto de cesión de contratos regulado en el artículo 114 no existe la transmisión de empresa sino que se cede un único contrato. De defenderse la identificación entre escisión, aportación, transmisión de empresas y ramas de actividad y la cesión de derechos y obligaciones concretos de un contrato, se estaría condenando a la inaplicación al artículo 114 de la Ley dado que, con menores requisitos, fundamentalmente el de la autorización y el plazo, podría lograrse el mismo efecto, lo que, evidentemente no ha sido la intención del legislador

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

al mantener en vigor, por tanto, para supuestos distintos, el artículo 112.6 y el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
Como conclusión de este apartado puede mantenerse que la delimitación de aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de hacerse por los supuestos de hecho a que se refieren, respectivamente, el primero a supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma y el segundo a otro más restringido cuál es la cesión de los derechos y obligaciones de un contrato. (...).”

Ante la diatriba que se deduce de las conclusiones a que la JCCA llega en este informe, necesariamente nos tenemos que remitir a la esencia y características de la transmisión de actividades y centros que se llevó a cabo por el contratista.

Si nos detenemos en el análisis del contenido del acuerdo de la Asamblea General de Socios de la Asociación contratista de 11 de diciembre de 2003, en lo que al bloque de Actividades y Centros se refiere-, podemos comprobar los siguientes extremos :

I.- Se hace una transmisión en bloque de todas las actividades de gestión que venía desarrollando la asociación, determinándose específicamente en el punto 2 del acuerdo adoptado al efecto que :

“La Asamblea de Socios de la Asociación acordó ratificar, por unanimidad, el acuerdo de transmitir a la Fundación PROMI la titularidad de la gestión de las actividades que hasta la fecha ha venido desempeñando como Organización sin fines lucrativos de acción social, para la atención de personas con discapacidad y mayores. Dichas actividades corresponden íntegramente a la gestión desempeñada, actualmente, por las Gerencias de Formación e Investigación y Desarrollo (I+D); Gerencia de Asistencia; Gestión de Servicios Centralizados, y Secretaría de Presidencia, v comenzarán a desarrollarse bajo titularidad de la Fundación PROMI a partir del 1 de enero de 2004

La Asamblea de Socios de la Asociación acuerda asimismo, por unanimidad, solicitar a la Fundación PROMI que mantenga la antigüedad en las actividades que ha llevado a cabo la Asociación PROMI desde el año 1976 hasta la actualidad, ***y que así sea transmitido a las diferentes Administraciones públicas y entidades privadas que han suscrito contratos, conciertos, y convenios de colaboración para el cumplimiento de los fines generales de acción social a favor de las personas con discapacidad y mayores****.”*

Es decir, no se transmite una única actividad o contrato sino que se transmite toda el cuerpo de actividades y servicios que la asociación venía desempeñando hasta el momento, entre ellos obviamente los prestados al Ayuntamiento consultante.

II.- Se determina expresamente por la entidad, en el punto 3º del acuerdo referido, que se realiza una “Sucesión de empresa” a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, especificando claramente que : *“La Asamblea de Socios acordó*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

ratificar, por unanimidad, el acuerdo de sucesión de empresa de la totalidad de la plantilla laboral contratada por la Asociación para la Promoción del Minusválido "PROMI"", así como, en su párrafo segundo que : "*...La referida sucesión de empresa, que deberá ser aceptada por la Fundación PROMI, se efectuará por el procedimiento regulado en el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 44, de forma que sea efectiva partir de la formalización en escritura pública de la ampliación del patrimonio de la Fundación PROMI decidida por estu Asamblea de Socios, y en los plazos previstos en el apartado anterior.*".

Es decir, no se transmite una única unidad productiva centrada en un determinado centro o servicio, sino que se transmite una unidad productiva íntegra que engloba a la totalidad de la plantilla que venía prestando servicios a la Asociación y que por mor de este acuerdo pasan en bloque a seguir prestando los mismos servicios a la Fundación.

III.- Se relacionan en el punto 4º de dicho acuerdo de forma exhaustiva todos los Centros y Actividades que como el propio epígrafe indica han causado baja en la Asociación por su transmisión a la Fundación, con detalle de la calle, número, municipio, localidad, provincia y código postal del respectivo domicilio social, apareciendo en el apartado 2 de la misma el relativo al Centro Residencia de Mayores del municipio consultante.

A tenor de todo lo cual, y a los efectos que nos interesa en este informe, resulta obvio que el acto traslaticio objeto de análisis no es un mero acto de transmisión de un contrato, servicio o actividad concreta centrada en un determinado centro de trabajo o prestación, sino que se traslada a la nueva entidad toda la unidad productiva integral que formaba parte de todos los servicios de la Asociación que se detallan en el acuerdo asambleario referido, siendo el que se prestaba al Ayuntamiento consultante una mera parte de un todo.

En función de ello, a nuestro juicio, nos tenemos que inclinar por la aplicación del artículo 113.6 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, es decir, estaríamos ante uno de los supuestos a que se refiere dicho artículo por cuanto que, en orden al criterio manifestado por la JCCA, no se trataría de la cesión o transmisión de derechos y obligaciones de un contrato sino de una subrogación de los contratos como consecuencia de una sucesión empresarial en la que se transmite un activo y un pasivo global.

En estos casos, cabe entender que la subrogación se produciría en principio de manera automática, sin necesidad de intervención administrativa, si bien la empresa sucesora tiene que poseer las mismas condiciones de solvencia, pues a priori, sólo en caso de no cumplirse esa condición por la entidad resultante se produciría una intervención efectiva de la Administrativa en aras de una posible resolución del contrato, ya que en este caso prevalece el principio de continuidad del contrato.

Ahora bien, es obvio que a la Administración no le puede resultar indiferente la empresa que resulte concesionaria, como ha indicado en varias ocasiones el Consejo de Estado, por ejemplo en el Dictamen 3375/2001, de 5 de diciembre, en el que se indica que: "*...Es claro, por tanto, que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria.", por lo que, a nuestro juicio, eso debe traducirse no ya en un procedimiento tan riguroso como el relativo a la cesión de los contratos conforme se regulaba en el artículo 115 de aquella Ley (aplicable a este contrato), pero sí en un necesario control o toma de razón de la Administración en un doble sentido :

a) Tomar conocimiento de la identidad de la entidad subrogante a todos los efectos : económicos, fiscales, etc., pues al fin y al cabo la nueva entidad queda subrogada en todos los derechos y obligaciones del contratista primigenio. Es el nuevo sujeto del contrato y como tal debe pasar a figurar en todos los registros y servicios municipales que deban conocer de ello.

b) Verificar que por la nueva contrata se cumplen todos los requisitos cualitativos y de solvencia exigidos por la norma y que dieron lugar a la adjudicación en origen.

Ello se traduce, así lo entendemos, no en un automatismo de la operación ante la Administración municipal, cuya actuación si fuera así se limitaría a ser mera espectadora de lo acontecido, sino a una necesaria y cumplida comunicación e información a la entidad local de todos los pormenores de la operación llevada a cabo, con aportación de los documentos acreditativos de todos los extremos necesarios para que ésta haga uso de sus prerrogativas contractuales como Administración pública que es y verifica la capacidad jurídica y de obrar del nuevo sujeto del contrato.

En este orden de cosas, y a lo que aquí interesa, creemos que la documentación mínima que, en su momento, se debió aportar por la entidad resultante debiera versar sobre todos los extremos de su personalidad jurídica (Escrituras públicas de constitución y sus modificaciones e inscripciones en registros públicos), domicilio social, datos bancarios y de personal responsable del servicio, contactos, correo electrónico, etc., y asimismo, todos aquellos documentos que acrediten que poseen la misma solvencia y cualidades específicas que la entidad cedente. En este sentido entendemos que el hecho de que en el momento en que debió así procederse por la entidad beneficiaria no se hiciera no quita para que la Administración municipal en cualquier otro momento requiera de ello a ésta para que dé debido cumplimiento a la comunicación en este sentido y a la aportación de los documentos que se estimen por oportunos, pudiéndose actuar en consecuencia si así no se hiciera.

CUARTO.- Al hilo de esto último convendría detenerse en que la única documentación que en este sentido ha sido presentada por la entidad beneficiaria de la transmisión (según la documentación aportada por el Ayuntamiento consultante), se trata de la copia de la comunicación que la Asociación primigenia realiza al Ministerio del Interior a fin de que éste efectúe determinadas modificaciones en el Registro Nacional de Asociaciones dimanantes todas ellas del acuerdo -al que ya hemos hecho referencia en este informe- adoptado por la Asamblea General de la Asociación el 11-diciembre-2003.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

Este documento, aún cuando pudiera formar parte de la documentación a aportar por el interesado en orden a lo ya indicado en el apartado anterior, a nuestro juicio es a todas luces insuficiente para el fin pretendido, pues si bien contiene el texto íntegro del citado acuerdo con todos los detalles de la sucesión empresarial operada y, a la postre, sí resulta interesante a efectos informativos, lo cierto y claro es que sólo se trata de una solicitud para modificar el citado Registro Nacional de Asociaciones en cuanto a lo que atañe a esta entidad sin ánimo de lucro, pero carece de cualquier sentido comunicativo a la entidad local, a la cual, a tenor de su contenido, sólo le cabe deducir que se ha producido una transmisión global de activos y pasivos por sucesión a favor de otra entidad de carácter fundacional. Además, estamos ante un documento que es una solicitud, pero se carece de la Resolución dimanante de la misma, pues aún cuando en esta materia operase el silencio administrativo positivo, y tras el transcurso del plazo correspondiente para su tramitación cupiese entender que se tienen por inscritos en referido registro nacional los actos societarios indicados, resulta obvio que la parte interesado pudiera haber solicitado del Ministerio competente la emisión del oportuno a que se refiere el Artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), que si bien se trata de una norma actualmente derogada, sí se encontraba vigente al momento de iniciar el procedimiento administrativo reseñado.

Siguiendo la pauta de lo ya indicado en el punto anterior, carecería de sentido admitir como suficiente a los efectos contractuales procedentes un documento que sólo acredita el inicio de un procedimiento administrativo de modificación de anotaciones registrales en materia asociativa cuando no se acompaña al mismo toda la documentación acreditativa de la persona jurídica nuevo sujeto del contrato, cual es la Fundación de referencia, en los términos que ya hemos expuesto, es decir, tanto de la identidad y demás datos sociales de la misma, como de la solvencia para ejecutar el contrato.

A este respecto conviene recordar varias cuestiones importantes en materia de contratación pública en cuanto que afectan esencialmente al caso que nos atañe:

- El requisito ineludible de poseer capacidad de obrar y su debida acreditación documental para poder contratar con la Administración Pública, en nuestro caso determinado ab initio en el artículo 15 de la Ley 13/1995, vigente al momento de la contratación primigenia, o del mismo número de artículo en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente al momento de la modificación del sujeto del contrato. En ambos casos dicho artículo venía a señalar en el párrafo primero de su primer apartado, y en el apartado 2, lo siguiente :

> *"1. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible.*
> *(...)*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

*2. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, **la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, en el que constaren las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial**. Cuando se trate de empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, deberán acreditar su inscripción en un registro profesional o comercial cuando este registro sea exigido por la legislación del Estado respectivo. Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.*

- La prerrogativas de que está investida la Administración Pública en materia de contratos públicos, reguladas en los artículos 60 de la Ley 13/1995 y 59 del Texto Refundido 2/2000 (actualmente reguladas en los artículo 190 y 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP-), determinándose específicamente que : "*1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, **resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento**, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.*".

La LCSP actual viene a añadir además en su artículo 190, párrafo segundo, como prerrogativa inherente a la Administración Pública contratante, que : "*...Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.*".

En virtud de ello, la Administración municipal -en este caso- estaría plenamente facultada para en cualquier momento de la vida del contrato pueda requerir del contratista todos aquellos datos y documentos relativos al contrato en ejecución que estime necesarios para verificar que se están cumpliendo los requisitos básicos y fundamentales de la contratación o respecto de aquellas cuestiones tanto del contratista como del servicio en sí que puedan ofrecer alguna duda. Y es por ello que no podemos por menos que señalar que, en el presente caso, una cuestión tan importante como la acreditación de la personalidad jurídica del contratista y su capacidad de obrar devienen como fundamentales para la eficacia del contrato. Incluso cupiera plantearse la cuestión de que de no acreditarse tales circunstancias por el nuevo contratista se pudiera llegar a la resolución del respectivo contrato al ser éstas esenciales para la propia existencia de éste.

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

- Por último, y para mayor abundamiento, conviene recordar que, en el asunto objeto de estudio, la Fundación beneficiaria del contrato era una entidad ya existente desde años atrás al momento en que se produce la transmisión de todas las unidades productivas, es decir, no es una entidad de nueva o reciente creación a dicha momento, por lo que, a nuestro juicio entendemos ahonda más la necesidad de acreditar ante la Administración Pública que, no ya que tiene capacidad de obrar y solvencia para continuar con la ejecución de contrato, sino algo tan vital como que no está incursa en prohibiciones de contratar con las AAPP ni así tampoco de que no se haya en ninguno de los supuestos de incapacidad para ello, conforme previene expresamente la normativa de los contratos públicos. Circunstancias éstas de tan relevante importancia que, en un hipotético supuesto de que no se pudiesen acreditar en sentido positivo -es decir no se incurre en ellos- o aún peor, que se encontrase en uno de los supuestos legalmente previstos, traerían consigo la nulidad del contrato.

QUINTO.- En lo que respecta al expediente de cesión de bienes patrimoniales para un fin de interés público, entendemos que igualmente la cuestión puede resultar igualmente compleja, pues, salvo que mediase consentimiento expreso, o, a lo sumo, un consentimiento presunto por parte de la Administración municipal, que bien hubiera podido tener conocimiento fehaciente de la transmisión realizada por la Asociación en favor de un tercero, ya sea por comunicación directa a la entidad local o bien porque la "Comisión de Seguimiento" a que se refiere el Convenio firmado por las partes tomara dicho conocimiento y lo trasladara a la corporación local, sin que hubiera mediado acuerdo o resolución alguna al respecto, lo cierto es que de no ser así se habría producido un traspaso inconsentido de la cesión aprobada en su día a favor de la Asociación, lo que cabría entender pues como una actuación no ajustada a derecho. No obstante, hay que admitir que, con arreglo a lo indicado en este aspecto por el Ayuntamiento consultante, desde tiempo atrás se vienen tramitando por éste las respectivas comunicaciones mensuales con la Comunidad Autónoma para el pago de las ayudas concertadas por determinadas plazas de residencia indicándose en éstas que el prestador del servicio es la referida Fundación, lo que, en resumidas cuentas, vendría a suponer que de alguna manera, de forma presunta, el consistorio admitiría el conocimiento de tal cesión sin que conste manifestación alguna de contrario.

En este sentido cabe señalar que la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA), en su artículo 27, apartados 1 y 2, dispone que :

"Artículo 27 Destino de los bienes cedidos

1. Si los bienes inmuebles cedidos no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la Entidad Local con todas las mejoras realizadas, la cual tendrá derecho a percibir del beneficiario, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos sufridos por los citados bienes.

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta siguientes.".

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

(ambos puntos tienen similar redacción al art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, aplicable al momento en que se adoptó el acuerdo de cesión por el pleno municipal).

Asimismo, el artículo 81 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, dispone que :

"Artículo 81 Resolución de las cesiones temporales

1. Las Entidades Locales cedentes podrán en cualquier momento comprobar el adecuado uso de los bienes cedidos así como su estado de conservación. En el supuesto de que los bienes no se utilicen de forma normal, o se estuviesen incumpliendo total o parcialmente las condiciones a que estuviese sujeta la cesión, se requerirá a la persona cesionaria para que cese en dicha situación y utilice los bienes conforme a las condiciones de la cesión, con advertencia de que en caso contrario se procederá a su resolución y reversión del bien a la Entidad Local.

2. Si la persona cesionaria no atendiese el requerimiento efectuado y persistiese en la utilización incorrecta del bien, la Entidad Local declarará la resolución de la cesión, y le exigirá la entrega inmediata del bien. Si no se entregara el bien se seguirá el procedimiento de recuperación de oficio previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 7/1999, y en el Capítulo IV del Título V del presente Reglamento.

3. Igual requerimiento se efectuará a la persona cesionaria cuando la utilización del bien le produzca un deterioro o depreciación superiores a los derivados de su uso normal.

4. La resolución de la cesión por causa imputable a la persona cesionaria producirá la reversión de los bienes e instalaciones a la Entidad Local sin que aquella tenga derecho a indemnización por ningún concepto.

5. La persona cesionaria, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades, responderá de todos los perjuicios que se originen al bien hasta la recepción formal por la Entidad Local cedente.

6. La resolución de la cesión en precario podrá dar lugar igualmente a las indemnizaciones previstas por daños en el apartado anterior.

7. La recuperación de los bienes cedidos a otras Administraciones Públicas y demás Entidades de derecho público de ellos dependientes se regirá por lo dispuesto en los artículos 147 a 149 del presente Reglamento.".

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02

En ese orden de cosas, nos cabría pensar que, a salvo de lo ya indicado, la anómala actuación por parte del primigenio beneficiario de los bienes cediendo a su vez tales bienes a un tercero sin que mediase consentimiento alguno de la corporación local, podría perfectamente habilitar a ésta para proceder a la resolución del contrato en los términos indicados en la norma. No obstante, en virtud de la teoría del "favor negotii", habida cuenta que el nuevo cesionario cumpliría con las condiciones en cuanto a entidad sin ánimo de lucro cuyo fines son de interés público así como que los servicios que viene prestando son de interés general y de vital importancia para un sector sensible de la población, y que la situación pudiera entenderse consolidada en el tiempo en orden al número de años en que se viene prestando el servicio por éste de forma regular y pacífica, cabe sugerir que la actuación municipal bien pudiera reconducirse hacia una convalidación del acto de autorización de la cesión operada, en orden a plasmar la misma documentalmente, bien con la modificación del convenio suscrito en su día mediante una addenda, o bien, si se prefiere, mediante una novación contractual, o cualquier otra fórmula admitida en derecho, sin perjuicio de cualquiera otra actuación que se estimase oportuna por el consistorio, ello siempre bajo el más absoluto respecto a la autonomía de la voluntad de éste que, en su virtud, podrá adoptar los acuerdos y resoluciones que entienda más adecuados a sus intereses y los de todos sus ciudadanos.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).

El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.

José Antonio Del Solar Caballero.

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 12/5/2020

Salida desde Expediente

Registro:

DIP/Salida_GEX/S/2020/6505

13-05-2020 07:12:17

pie_registro_dipu_02