



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 0 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de noviembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno, de 30 de diciembre de 2011, por el que se encomienda a la Fundación C.T.R., la prestación de la actividad de gestión de C.M.V.V., sita en el término municipal de El Sauzal (EXP. 434/2013 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 24 de octubre de 2013 (R.S.) el Presidente del Cabildo de Tenerife solicita de este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12.3, 11.1.D.b) y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno, de 30 de diciembre de 2011, por el que se encomendó a la Fundación C.T.R., (la Fundación), como medio propio [del (...)] Cabildo Insular, la prestación de la actividad de gestión de C.M.V.V.”.

La revisión, solicitada a instancia de parte, se funda en los apartados e) y f) del art. 62.1 y 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) - haber prescindido “total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” y haber adquirido derechos de forma contraria al Ordenamiento jurídico careciendo de “los requisitos esenciales para su adquisición”-, que el interesado concreta en que: la Fundación no puede considerarse medio propio del Cabildo, “carece de habilitación estatutaria para el ejercicio de actividades comerciales” y “no dispone de los medios necesarios para el ejercicio de la prestación objeto del encargo”.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo

2. El 27 de abril de 1994 el Servicio de Agricultura informa, después de barajar las diferentes opciones organizativas y de precisar que “lo anormal sería (...) utilizar las prerrogativas administrativas para competir en el mercado con las empresas privadas”, propone diversas opciones organizativas (organismo autónomo, gestión interesada y la sociedad mercantil de íntegro capital público). La memoria jurídica adjunta considera que esta última es la mejor opción.

El 28 de marzo 1994 el Pleno del Cabildo de Tenerife acordó incoar el procedimiento legalmente establecido para el ejercicio de las actividades a desarrollar en C.M.V.V. (restaurante, tienda y museo del vino).

De la preceptiva Memoria previa se desprende que la fórmula de gestión que mejor se adecua a las necesidades que plantea este Proyecto era la creación de una sociedad anónima, cuyo capital pertenezca íntegramente al Cabildo. Pero como el Cabildo poseía otras cuatro entidades mercantiles de capital íntegramente público (...), “no parece justificable la creación de una nueva sociedad” por lo que, dado que su “objeto social (es el) que más se aproxima al de este Proyecto, se asigna la gestión de la actividad a I.F.T., sin perjuicio de proceder a la pertinente modificación del mismo, habida cuenta de que es evidente que no coinciden”. Con ello, además, “I.f.T., podría lograr importantes economías en la utilización de parte de la infraestructura de medios de que dispone, aplicándola a dos actividades que compartirían, de esta forma, el correspondiente coste.

El 31 de mayo de 1994 el Pleno del Cabildo adoptó el Acuerdo de “encomendar a I.F.T. la gestión de C.M.V.V. y que, en consecuencia, se inicien en cuanto sea posible, las gestiones necesarias para hacer efectivo dicho encargo”.

El 30 de marzo de 1995 el Pleno acordó “aprobar el contrato de gestión de la actividad económica a desarrollar (...) por la (...) I.F.T.”, de naturaleza administrativa, por cinco años prorrogables tácitamente aunque la corporación podrá “en cualquier momento (...) rescatar la totalidad o parte de la gestión, para llevarla a cabo de forma directa o indirecta”.

El 23 de mayo de 1995 se formaliza, entre el Cabildo de Tenerife e I.F.T., el contrato de gestión de la actividad, en cuya cláusula séptima se recoge textualmente lo siguiente:

“Duración del contrato.- la duración del presente contrato será de CINCO AÑOS prorrogables tácitamente si llegada la fecha de su vencimiento no hubiese manifestado ninguna de las partes su voluntad de extinguirlo.

No obstante, la Corporación Insular, podrá, en cualquier momento, por motivos de interés público debidamente justificados, rescatar la totalidad o parte de la gestión, para llevarla a cabo de forma directa o indirecta, bajo la fórmula que estime más conveniente para su eficacia y rendimiento, o bien para acordar el cese en la iniciativa pública para el ejercicio de la actividad”.

El 25 de julio de 2011 el Pleno acuerda “incoar expediente a los efectos de adscribir a la (...) Fundación (...)C.M.V.V., en los términos que se establezcan en la encomienda de gestión que habrá de concertarse con la referida Fundación”.

El 21 de noviembre de 2011 el Patronato de la Fundación “queda enterado de la posibilidad de que se le encomiende la gestión”.

El 28 de noviembre de 2011 el Consejero del Cabildo propone al Pleno “dejar sin efecto la atribución de la prestación de la actividad de la gestión de C.M.V.V., a I.F.T., S.A., con efectos 31 de diciembre de 2011” y atribuir con efecto de “1 de enero de 2012 a la Fundación (...) la prestación de la actividad (con sujeción a las condiciones básicas de uso y mantenimiento recogidos en la presente propuesta, por un periodo de cinco años, prorrogables tácitamente, año por año, salvo denuncia de cualquiera de las partes con tres meses de antelación a la finalización del anterior plazo o cualquiera de sus prórrogas”; encargar a I.F.T. que “proceda a integrar en la plantilla de la Fundación (...) al personal de C.M.V.V.”.

El 30 de noviembre de 2011 el Servicio de Hacienda y Patrimonio informa que pese a que “la Fundación no es una de las formas de gestión prevista en los arts. 85 y siguientes de la LRBRL”, de sus Estatutos resulta que tiene la condición de poder adjudicador a los efectos de la LCSP (Ley de Contratos del Sector Público) y puede desempeñar “actividades empresariales”.

El 14 de diciembre de 2011 el Servicio de Relaciones Laborales informa que la encomienda de que se habla no es la del art. 15 de la Ley 30/1992, sino que se trata de una “atribución” de funciones a una Fundación que no es totalmente pública, cuestionando que la integración del personal se produzca con efectos del 1 de diciembre de 2012, dado que es imposible cumplir los plazos del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el trámite de información previa a trabajadores y empresas cuando de sucesión de empresas se trata.

El 15 de diciembre de 2011 la Comisión plenaria permanente del Área de Agricultura, Ganadería y Pesca da visto bueno a la propuesta, que el Pleno aprueba en sesión de 30 de diciembre de 2011, lo que se notifica a I.F.T. el 13 de enero de 2012 y a la Fundación (escrito de salida de 13 de enero).

El 23 de diciembre de 2011 la Intervención cuestiona que la propuesta carece de la "oportuna cobertura presupuestaria" así como de un "estudio de ingresos y costes de la actividad" un "análisis de la gestión económica" y de "viabilidad de la actividad económica".

El 30 de diciembre de 2011 el Cabildo Insular acordó:

"PRIMERO.- Dejar sin efecto la atribución de la prestación de la actividad de la gestión de C.M.V.V., a I.F.T., S.A, con efectos 31 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- Atribuir, con fecha 1 de enero de 2012, a la Fundación C.T.R., la prestación de la actividad de gestión del inmueble denominado C.M.V.V., sita en el término municipal de El Sauzal.

TERCERO.- Encargar a I.F.T., S.A., como sociedad de capital exclusivo de esta Corporación, para que conjuntamente con la Fundación C.T.R., proceda a integrar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en la plantilla de la Fundación C.T.R., al personal de C.M.V.V., actualmente dependiente de aquella entidad mercantil.

Hasta tanto se produzca dicha integración orgánica, los trabajadores se adscriben funcionalmente a Fundación C.T.R., respetando las condiciones de trabajo y retributivas de procedencia, para ejercer la misma actividad que venían prestando. La Fundación compensará económicamente a I.F.T., S.A., en una cuantía equivalente al importe de las nóminas de dicho personal que ésta satisfaga.

Si la Fundación C.T.R. cesase, por cualquier causa, en la prestación de la actividad económica atribuida, ésta volverá a ser asumida por I.F.T., S.A. juntamente con el personal mencionado.

CUARTO.- Consignar en los Presupuestos de esta Corporación, dentro del Área de Agricultura, Ganadería y Pesca, para el ejercicio de 2012, la cantidad de doscientos treinta mil ochocientos cuarenta y nueve euros con setenta y dos céntimos (230.849,72€), concretamente en la aplicación presupuestaria 112.4144.48241, como subvención para atender gastos corrientes, en el referido ejercicio, aprobando a tal efecto el presupuesto de gastos e ingresos anteriormente reseñado.

El Presupuesto para la gestión, administración y funcionamiento del inmueble y las instalaciones se revisaría anualmente, en atención a la aportación que para gastos corrientes consigne en sus Presupuestos la Corporación Insular, para lo cual la Fundación en el mes de septiembre del año inmediatamente anterior, presentará un presupuesto de gastos e ingresos, que una vez aprobado por el Consejero Insular competente en materia de Agricultura, dará lugar a la inclusión, en el Presupuesto del ejercicio siguiente, y dentro de la referida Área, del importe de la subvención para gastos corrientes.

El abono de la aportación para gastos corrientes a cargo del Cabildo de Tenerife, así como su justificación, se llevará a cabo en la forma establecida en las Bases de ejecución del Presupuesto de la Corporación insular para cada ejercicio económico.

QUINTO.- Facultar al Consejo de Gobierno insular para llevar a cabo cuantos actos de modificación, interpretación, resolución, disposición o de cualquier otro tipo fuesen necesarios en relación con la presente encomienda, incluso para la aprobación del gasto correspondiente”.

El 10 de enero de 2012 el Patronato de la Fundación C.T.R. “acepta por unanimidad la atribución del agestión de la actividad económica de C.M.V.V.”.

El 30 de marzo de 2012 el Pleno del Cabildo aprobó el plan de reestructuración del sector público instrumental dependiente del Cabildo, del que forman parte I.F.T. (sociedad íntegramente pública) y la Fundación, cuya “extinción/liquidación” se pretende.

El 21 de mayo de 2012 el Consejo de Gobierno insular adoptó el acuerdo de ejecutar el citado plan en dos fases, en la segunda de las cuales se pretende someter a la Fundación a un proceso de “extinción/liquidación”.

II

1. El 1 de marzo de 2013 se le dio al interesado (solicitante de la revisión) carta de despido con efecto de 1 de marzo.

El 4 de junio de 2013 el interesado, en su condición de Director de C.M.V.V. hasta el día 1 de marzo de 2013, presentó escrito mediante el que solicita la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 30 de diciembre de 2011, por el que se encomendaba a la Fundación C.T.R., como medio propio de este Cabildo Insular, la prestación de la actividad de gestión de C.M.V.V. Petición que se funda en el art. 102.1 y 62.1.e) de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al tratarse de un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y, para el caso de entender que no es así, aprecie la existencia de un acto dictado prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, objeción que luego reconduce a la anterior.

El 11 de junio de 2013, el Servicio de Agricultura informa favorablemente la admisión de la solicitud presentada por el interesado -de revisión de oficio-, pero desestima la pretensión de fondo pues se ha utilizado la encomienda de gestión de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo así que la Fundación es de capital mayoritariamente público del Cabildo y por ello "medio propio" del mismo, con el efecto de que se trata de "prestación directa".

El 2 de agosto de 2013 la asesoría jurídica comparte la misma opinión, pues si se trata de un medio propio no hay cambio de modelo de gestión, no compartiendo la opinión del interesado de que se ha pasado a un modelo de gestión indirecta.

El 2 de agosto de 2013 el Secretario General del Pleno emite "nota de conformidad" respecto de los anteriores informes.

El 12 de agosto de 2013 la Comisión informativa plenaria permanente del Área de Agricultura propone al Pleno la incoación de procedimiento de revisión.

El 14 de agosto de 2013, el Pleno del Cabildo Insular adoptó acuerdo que en su parte resolutoria textualmente dice lo siguiente:

"Primero.- Tramitar procedimiento iniciado por J.A.G.L. mediante escrito de 4 de junio de 2013 por el que solicita la revisión de oficio de su acuerdo plenario número 22, de fecha 30 de diciembre de 2011, por el que se encomendó a la Fundación C.T.R., medio propio de este Cabildo Insular, la prestación de la actividad de gestión de C.M.V.V., sita en el término municipal de El Sauzal,

Segundo.- Oponerse a dicha revisión de oficio por las razones indicadas anteriormente.

Tercero.- Solicitar del Consejo Consultivo de Canarias el preceptivo dictamen".

El 5 de septiembre de 2013 el interesado solicita copia de toda la documentación obrante en el expediente de revisión de oficio y anterior de recurso de reposición contra el mismo acuerdo plenario.

El 9 de septiembre de 2013, el Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca formula Propuesta de Resolución provisional, proponiendo su desestimación, previo dictamen del Consejo Consultivo, por las siguientes razones: no ha habido una modificación sustancial en el ejercicio de la actividad económica, solo un cambio en el modo de gestión del servicio; por esa razón, no es preciso repetir el trámite - Memoria Técnica, Económica, Jurídica y Social- previsto en el art. 97.1 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL); el contrato suscrito con I.F.T. preveía en su cláusula séptima que "en cualquier momento, por motivos de interés público, debidamente justificados, se podía rescatar la totalidad o parte de la gestión, para llevarla a cabo de forma directa o indirecta, bajo la fórmula que estime más conveniente para su eficacia y rendimiento"; la atribución de la gestión a la Fundación C.T.R. se hace al amparo del art. 24.6 en relación con el art. 4.1.n), ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, encomienda a "medio propio," lo que "en el fondo viene a ser similar a una prestación directa", lo que hace innecesario "el análisis técnico, jurídico y económico de la nueva forma de gestión", siendo suficiente con el acuerdo de encargo por el órgano competente de la Corporación insular y el acuerdo del órgano competente de la Fundación.

El 12 de septiembre de 2013 se concede al interesado trámite de audiencia, por plazo de diez días luego ampliado en otros cinco más.

El 30 de septiembre de 2013 el interesado presentó el correspondiente escrito de alegaciones y otra documentación que obra en el expediente.

El 16 de septiembre de 2013 el interesado solicita la suspensión del plazo de audiencia hasta que pueda contar con la documentación del expediente, cuya solicitud reitera.

El 24 de septiembre de 2013 tiene entrada escrito del representante de los trabajadores de C.M.V.V. manifestando su intención de constituirse en parte interesada en el procedimiento de revisión, solicitando copia del expediente, lo que se le concede así como plazo de audiencia notificado el 30 de septiembre.

El 26 de septiembre de 2013 se dicta Resolución del Consejero del Área de Agricultura, Ganadería y Pesca concediéndole al representante legal de los trabajadores de la C.M.V.V. trámite de audiencia, al que no compareció.

2. El 30 de septiembre de 2013 el interesado presenta alegaciones reiterando su pretensión de nulidad del acuerdo de 30 de diciembre de 2011 por concurrir las causas del apartado e) y f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, pues: la Fundación no puede considerarse medio propio del Cabildo; "carece de habilitación estatutaria para el ejercicio de actividades comerciales" y "no dispone de los medios necesarios para el ejercicio de la prestación objeto del encargo"; objeciones que fueron rebatidas así: la encomienda efectuada a favor de la Fundación no es de las previstas en el art. 15 LRJAP-PAC, sino en la LCSP, que las permite en favor de medio propio; la forma de gestión de actividades económicas deberá ser una de las previstas por la Ley, sin que nada impida que la Corporación, en uso de su potestad de autoorganización, encomiende la prestación de la actividad de gestión de C.M.V.V. a un medio propio y servicio técnico de la misma como es la Fundación, lo que no constituye un modo de gestión indirecto pues una Fundación no es una Sociedad como pretende el interesado; el interesado no prueba que la Fundación no dispone de los medios personales y materiales propios; y en cuanto que la Fundación no dispone ni de medios materiales propios como oficinas, cabe señalar que el artículo 2 de los Estatutos sociales fijó, inicialmente, su domicilio, en el propio Edificio del Palacio Insular -lo que es una circunstancia más acreditativa del carácter de medio propio y servicio técnico de la Corporación-, trasladándolo posteriormente a Santa Cruz de Tenerife, (...), para últimamente ubicarlo en la propia C.M.V.V.; y respecto de que la Fundación C.T.R. no puede llevar a cabo actividades comerciales y promocionales de productos y servicios, sus Estatutos Fundacionales disponen que puede realizar "actividades empresariales" (art. 9). Asimismo, tiene como fines "El fomento de la conservación y valorización del patrimonio etnológico, cultural y natural del medio rural" y el "desarrollo de nuevas vías de comercialización que contribuyan a generar un marco general de crecimiento y competitividad en el ámbito de la producción rural [art. 4.a y f)]. Y como actividades, "llevar a cabo cuantas acciones de promoción v comercialización se consideren necesarias para impulsar el desarrollo de los productos v servicios del mundo rural de Tenerife, de forma individual o en colaboración con otras entidades" [art. 5.g)].

3. De la Propuesta de Resolución y expediente que le da soporte se deducen las siguientes cuestiones de interés.

A. Pese a que inicialmente se barajó tal posibilidad, finalmente no se llegó a crear una entidad pública, sino que se encomendó a una sociedad de capital íntegro insular, ya existente, la I.T.F., S.A. tal actividad, modificando para ello su objeto social e incluyendo la posibilidad de "desarrollar y gestionar actividades que,

encomendadas por el Cabildo Insular, tuviesen por finalidad la promoción y el fomento del subsector agroalimentario insular, así como la explotación directa o indirecta de los inmuebles donde las mismas hayan de llevarse a cabo" (artículo 2.4 de sus estatutos sociales). No parece sin embargo que se trate -como sostienen Administración e interesado- de un modo de gestión directo [arts. 85.2.A.d) LRBRL y art. 67.3ª RSCL]. Se trata, más bien, de un modo indirecto de gestión, como lo acredita el hecho de que el 30 de marzo de 1995 el Pleno acordó "aprobar el contrato de gestión de la actividad económica desarrollar (...) por la (...) I.F.T.", de naturaleza administrativa, por cinco años prorrogables tácitamente; que la Corporación podrá "en cualquier momento (...) rescatar la totalidad o parte de la gestión, para llevarla a cabo de forma directa o indirecta"; el 23 de mayo de 1995, se formaliza entre el Cabildo de Tenerife y I.F.T. el contrato de gestión de la actividad; y el 10 de enero de 2010, el Patronato de la Fundación aprueba por unanimidad la "atribución de la gestión" económica de C.M.V.V.

Tal contrato, por lo demás, puede estar incurso en uno de los convenios que la propia LCSP excluye de su ámbito de aplicación [art. 4.1.c) y d) LCSP].

B. La Administración considera que la atribución de la gestión a la Fundación no es gestión indirecta sino directa, pues la Fundación es "medio propio" del Cabildo, lo que permite que se efectúen encomiendas de gestión previstas en la LCSP. Los arts. 4.1.n) y 24.6 LCSP excluyen de la propia Ley a los "negocios jurídicos" y encomendárselos a "los entes. Organismos y entidades del sector público" como "medios propios y servicios técnicos" de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios", lo que acontecerá si se pueden efectuar encomiendas obligatorias de gestión fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas "aprobadas por la entidad pública de la que dependan". Si se trata de sociedades, la totalidad del capital tendría que ser de "titularidad pública".

Ahora bien, no se trata de encomendarle a la Fundación, como medio propio, la realización de una determinada prestación o de asignarle determinado contrato, sino de atribuirle una gestión económica precisa. Al margen de ello, la aceptación por unanimidad de la atribución de la gestión parece excluir el carácter de encomienda unilateral y de gestión obligatoria y, por ello, el carácter de medio propio. Es, asimismo, claro que la Fundación no realiza para los poderes adjudicadores la parte

esencial de su actividad, pues la realiza para terceros; y, finalmente, es la propia Fundación la que fija las "tarifas o precios privados", así como el de las "entradas"; cede locales e instalaciones en uso y arrendamiento, fijando las condiciones y percibiendo lo recaudado, lo que parece exceder el más limitado alcance de "medio propio".

No parece pues que se den las condiciones para que se pueda operar una de las encomiendas de la LCSP. Se recuerda, además, que aunque la Fundación - mayoritariamente pública, pero con participación privada- para que sea posible efectuar encomiendas a favor de una sociedad ésta debe ser íntegramente pública.

La Administración intenta calificar la atribución de la gestión a la Fundación como un modo público de gestión, pero para ello utiliza un mecanismo que no es el adecuado, y lo hace asimismo de forma inadecuada. Intenta hacer de la Fundación un modo de gestión directa por el mecanismo de la encomienda de gestión cuando, en su caso, se trataría de lo contrario: por ser un medio propio se le pueden otorgar encomiendas. La razón parece ser justificar que con la atribución de la gestión a la Fundación no se ha cambiado el modo de gestión, que seguiría siendo directa y por ello no era preciso tramitar procedimiento alguno.

III

1. En su día la denominada "Fundación pública del servicio" era un modo de gestión directa de servicios (art. 67.2ª RSCL). Sin embargo, tras la LRBRL tales fundaciones de servicio se "encuentran dentro del concepto de Organismo autónomo de carácter administrativo" (STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2000, JT 2000/1949), modo de gestión directa por órgano especial de administración, íntegramente público, se entiende. Condición de la que no participa la Fundación, que aunque de creación pública cuenta con participación privada habiendo sido creada al amparo de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias.

La fundación, pues, no es un modo de gestión de servicios públicos, menos de los económicos, pues se recuerda que la fundación no tiene ánimo de lucro ("intención de obtener beneficios repartibles"), sino que se trata de una organización que tiene por fines los de interés general que se "adscriben al fin estatutario" (STSJ Cataluña, de 19 de julio de 2001, JT 2001/1659). Lo que no quita a que la fundación pueda desempeñar algún tipo de actividad económica siempre que las explotaciones económicas coincidan "con el objeto, o finalidad específica de la actividad" (STJ cit.) que deben "quedar meridianamente claros en los estatutos" (STS de 20 de julio

de 2009, RJ 2010/589), de modo que “los designios de la entidad interesada han de incrustarse en los de la actividad económica para los que se pretende la dispensa” (STS de 20 de julio de 2009, RJ 2010/589); sin que “constituyan la actividad principal” (STSJ de Cataluña, de 14 de mayo de 2001, JT 2001/1327), pues debe tratarse de actividades secundarias, entendiéndose cumplido el requisito cuando “el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las actividades económicas no exentas (...) no exceda del 40% de los ingresos totales de la actividad” (según interpretación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, hecha).

Por ello, no basta con que la actividad económica “incida” en los fines de la fundación, sino que es preciso que sean “básicamente coincidentes con el ámbito que constituya el ser, el objeto y el fin de la fundación”. Sobre todo si se tiene en cuenta que para la viabilidad de la exención la antedicha Ley exige que “las actividades ajenas al objeto estatutario no vulneren (...) las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con las empresas que se dediquen a la misma ocupación” (STS cit.).

2. Del apartado II de las condiciones de encomienda se dice que la Fundación “deberá maximizar la utilización de las instalaciones y alcanzar el pleno rendimiento de las mismas, evitando en lo posible el déficit de explotación”. El art. 4 de sus estatutos dispone que la Fundación tiene, entre otros fines, el “fomento de la conservación y valorización del patrimonio etnológico, cultural y natural del medio rural” y el “desarrollo de nuevas vías de comercialización que contribuyan a generar un marco general de crecimiento y competitividad en el ámbito de la producción rural”. El art. 5 le atribuye, “en cumplimiento de su objeto y fines”, la posibilidad de llevar a cabo “cuantas actividades permita la legislación en vigor y especialmente, en cuanto entidad gestora de una política de calidad y de una red de centros visitables en el medio rural de Tenerife”, entre ellas, las de “promoción y comercialización se consideren necesarias para impulsar el desarrollo de los productos y servicios del mundo rural de Tenerife, de forma individual o en colaboración con otras entidades”. También contempla su art. 9.p) “la realización de actividades empresariales”, que por su propia naturaleza, sin embargo, no pueden tener carácter absoluto.

3. En consecuencia, se ha cambiado el modo de gestión de convenio con entidad pública empresarial de íntegro capital público a gestión mediante una Fundación

publica con participación privada; se han cambiado asimismo las condiciones económicas de la gestión; la Fundación no parece ser el modo idóneo de gestión de actividad empresarial lucrativa; las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, pero solo si están expresamente previstas en sus estatutos y siempre que tengan carácter secundario, no principal; no parece que se tenga sobre la Fundación control análogo al que tiene sobre los propios servicios, por lo que es asimismo dudoso que tenga la condición de “medio propio” a los efectos de una encomienda de la Ley de Contratos del Sector Público, de aplicación asistemática en este caso, pues no se trata de efectuar una encomienda singular o de asignarle a la Fundación un contrato preciso en calidad de tal propio sino de asignarle [atribuirle, encomendarle, asignarle (...)] la gestión de una actividad económica, en cuyo ejercicio podrá contratar con terceros.

Por todo ello, puede concluirse que el rescate de la actividad de la gestión que llevaba I.F.T. y su asignación por encomienda a la Fundación se hizo con vulneración del procedimiento legalmente establecido, no siendo en este punto aceptable la argumentación de la Propuesta de que se trataba de una modificación accesorias ya que la actividad económica había sido ya encomendada a la acción pública, pues, se recuerda, la memoria social, jurídica, técnica y financiera que se debe realizar persigue justamente seleccionar “la forma de gestión” así como un “proyecto de precios del servicio” para cuya obtención se tendrá en cuentas que “es lícita la obtención de beneficios” y su asignación a los Presupuestos de la entidad (art. 97 TRRL), lo que no ocurre con la Fundación a la que se ha encomendado la actividad.

Pero es que, en puridad, no se ha tratado de una simple modificación secundaria permaneciendo el resto de la gestión incólume; es que al rescatarse la actividad retornó a la Administración “central”, que nuevamente la asigna una Fundación con nuevas condiciones, lo que obligaría a un nuevo procedimiento en el que justamente se valoraría la oportunidad de que la citada gestión tuviera lugar por uno u otro modo.

En este punto, no está de más recordar que el 23 de diciembre de 2011 la Intervención cuestionó que la propuesta careciera de la “oportuna cobertura presupuestaria”, también de un “estudio de ingresos y costes de la actividad” un “análisis de la gestión económica” y de “viabilidad de la actividad económica”. El 14 de diciembre de 2011, el Servicio de Relaciones Laborales cuestionó que la integración del personal se produzca con efectos del 1 de diciembre de 2012, dado que es imposible cumplir los plazos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, en

relación con el trámite de información previa a trabajadores y empresas cuando de sucesión de empresas se trata.

Los razonamientos anteriores comportan que el procedimiento haya incurrido en una vulneración que la hace merecedora del reproche de nulidad.

C O N C L U S I Ó N

Según se razona en los Fundamentos II y III la Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho.