

Consulta referente a si la participación de empresas privadas en el Patronato de la Fundación del sector público estatal CENATIC impide que dicha Fundación pueda ser destinataria de encomiendas de gestión sujetas al régimen establecido en el artículo 3.1.1) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicha participación no impide que siga rigiendo respecto de la Fundación CENATIC la exclusión de la aplicación del mencionado texto legal a las encomiendas de gestión que realicen a su favor Red.es y la Junta de Extremadura, que continuarán ejerciendo sobre la entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, siempre y cuando concorra además la circunstancia de que la mencionada Fundación realice la parte esencial de su actividad respecto de esas Administraciones públicas fundadoras*.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de octubre de 2007 se ha recibido en este Centro directivo la solicitud de informe remitida por el Secretario General de la Entidad pública empresarial Red.es (en adelante, Red.es), del siguiente tenor:

«Mediante la presente y en virtud del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Entidad Pública Empresarial Red.es, de 1 de marzo de 2005, se solicita que el Servicio Jurídico del Estado emita informe sobre si la participación de empresas privadas en el Patronato de la Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación Basadas en Fuentes Abiertas (CENATIC), fundación del sector público estatal, impide, en todo caso y por dicha circunstancia, que dicha Fundación pueda ser destinataria de encomiendas de gestión sujetas al régimen establecido en el artículo 3.1.1) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Admi-

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 26 de noviembre de 2007 (ref.: A. G. Entes Públicos 61/07). Ponente: Javier Lamana Palacios.

nistraciones Públicas. Se adjuntan al presente oficio los Estatutos de CENATIC y las condiciones de incorporación de nuevos patronos aprobadas por el Patronato.

Si bien a la vista de la sentencia Stadt Halle la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios –no siendo por tanto de aplicación la doctrina del “in house providing”– nos encontramos en este caso con una fundación, que, por su propia naturaleza, no tiene un capital social en el que pueda existir participación alguna, ni pública ni privada.

En este sentido, debe señalarse asimismo que el artículo 24.6 *in fine* del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, según el texto remitido por el Congreso de Diputados al Senado, dispone que: “Si se trata de sociedades, además la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.

Esta entidad se plantea la duda en el régimen jurídico aplicable en este caso a las fundaciones, al referirse exclusivamente el precepto citado a las sociedades.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Con carácter previo al examen de la consulta remitida a este Centro directivo por el Secretario General de Red.es, que tal y como se apuntó tiene por objeto la determinación de si la participación de empresas privadas en el Patronato de la Fundación del sector público estatal «Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación Basadas en Fuentes Abiertas» (en adelante, CENATIC) impide que dicha Fundación pueda ser destinataria de encomiendas de gestión sujetas al régimen establecido en el artículo 3.1.1) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), es indispensable exponer algunas consideraciones generales referentes a la naturaleza jurídica y fines de la Fundación CENATIC, así como a las concretas condiciones establecidas en cuanto a la participación de empresas privadas en su Patronato:

1.º De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de sus Estatutos, la Fundación CENATIC es una fundación del sector público estatal, lo que implica las siguientes consecuencias:

a) En primer lugar, por ser una fundación, se trata de una organización constituida sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones –en adelante, LF–).

En el caso de la Fundación CENATIC, su fin general es el de «promover el conocimiento y difusión del software basado en fuentes abiertas en la Administración y en los diferentes sectores de actividad», para lo cual ostentará capacidad para «conceder premios y becas; organizar exposiciones, cursos y seminarios; crear bibliotecas y centros de documentación y, en general, centros docentes o de investigación; editar publicaciones, concertar acuerdos e intercambios con universidades, instituciones y grupos de empresas; y, de modo genérico, llevar a cabo cuantas actuaciones sean conducentes al mejor logro de sus fines» (art. 4, apartados 1 y 3, de sus Estatutos). Para la consecución de ese fin general, la Fundación CENATIC podrá realizar, por sí misma o en colaboración con otras entidades públicas y privadas, las actividades calificables como de explotación económica tendente al desarrollo tecnológico y la formación profesional ligada a este mismo desarrollo tecnológico que se enumeran detalladamente en el artículo 5 de sus Estatutos.

b) De otro lado, por ser una fundación del sector público estatal, habrá de concurrir en ella al menos una de las circunstancias siguientes: haberse constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus Organismos públicos o demás Entidades del sector público estatal, o que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades (art. 44 de la LF).

En el caso de la Fundación CENATIC concurre la primera de dichas circunstancias, al haber sido constituida, tal y como se informa por el Organismo consultante, con una aportación mayoritaria de Red.es, que hizo efectiva la cantidad de 162.000 euros, equivalente al 90 por 100 de la dotación inicial de 180.000 euros, siendo aportada por la Junta de Extremadura la cantidad de 18.000 euros, constitutivos del 10 por 100 restante de la dotación inicial.

2.º De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la LF, toda Fundación deberá contar con un órgano de gobierno y representación, denominado Patronato, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos previstos en los Estatutos, y al que corresponderá cumplir los fines fundacionales y administrar diligentemente los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.

En el caso de la Fundación CENATIC, el artículo 10 de sus Estatutos prevé, en lo que interesa a los efectos del presente dictamen, que el Patronato estará constituido por once Patronos natos, nueve de ellos representantes del sector público estatal (que serán los titulares de determinados altos cargos y órganos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de Red.es) y los otros dos representantes de la Junta de Extremadura. Además, el apartado 2 del precepto prevé la posibilidad de que se incorporen

al órgano de gobierno y representación de la Fundación otros Patronos, distintos de los que tienen el carácter de «natos», que pueden ser Administraciones públicas o personas jurídicas del sector privado, en los siguientes términos:

Podrán incorporarse al Patronato nuevos miembros, ya sean Administraciones públicas o personas jurídicas de naturaleza privada, previo acuerdo del mismo, convocado y reunido a tal efecto. El Patronato fijará las condiciones de incorporación. La duración del cargo de estos Patronos será el siguiente:

a) En el año de entrada, la duración del cargo coincidirá con el período que reste para finalizar el año natural. El cómputo del plazo empezará a computar en el momento en que se nombre, con independencia de cuando se acepte.

b) Concluido el período correspondiente al año de entrada, el cargo tendrá una duración de un año, que coincidirá con el año natural, pudiendo ser renovado por períodos iguales en las condiciones que dicte el Patronato.

En todo caso, el número de Patronos representantes del sector público estatal (entendido conforme al artículo 2 de la Ley 47/2003) debe ser siempre más de la mitad del número total de Patronos.

En el caso de que como consecuencia del nombramiento de estos Patronos el número de representantes del sector público estatal no fuera más de la mitad de los miembros, la Entidad Pública Empresarial Red.es (o entidad que la sustituya o asuma sus funciones), «podrá designar el número de Patronos necesarios dentro de dicha categoría para llegar a dicha proporción».

Es de la mayor importancia destacar que, tal y como se establece en la norma estatutaria, la eventual incorporación de nuevos Patronos no natos al Patronato de la Fundación CENATIC (ya sean Administraciones públicas o personas jurídicas privadas) en ningún caso podrá implicar la pérdida de la mayoría que ostentan los Patronos representantes del sector público estatal en ese órgano, que siempre deberán ser «más de la mitad del número total de Patronos», previéndose incluso que, si fuera necesario a tal fin, Red.es «podrá designar el número de Patronos necesarios dentro de dicha categoría para llegar a dicha proporción».

En aplicación de lo previsto en el artículo 10.2 de los Estatutos fundacionales, el Patronato de la Fundación CENATIC ha aprobado unas condiciones para la incorporación de Administraciones públicas y de personas jurídicas de naturaleza privada como nuevos miembros de dicho órgano de gobierno y representación, en virtud de las cuales se exige a quienes deseen adquirir dicha condición la aportación de una cuota anual de 65.000 euros, en el caso de las Administraciones públicas, y de 100.000 euros, en el de las personas jurídicas privadas, precisando que tales aportaciones,

7/07 que deberán hacerse en metálico, en ningún caso tendrán la consideración de dotación fundacional.

3.º Con arreglo a lo previsto en el artículo 12, apartados 1 y 4, de la LF, toda fundación ha de disponer de una dotación consistente en bienes y derechos de cualquier clase, que desde el momento de la constitución de la fundación ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, y a la que pueden incorporarse posteriormente, durante la existencia de la fundación, nuevos bienes y derechos de contenido patrimonial, que sean aportados en tal concepto por los fundadores o terceras personas o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 19.1 de la LF, el patrimonio de las fundaciones estará constituido, no solamente por los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación fundacional inicial o sucesiva (definida en los términos del artículo 12 de la propia LF), sino también por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

En desarrollo y aplicación de estos preceptos legales, el artículo 3.1 de los Estatutos de la Fundación CENATIC prevé que «el patrimonio de la Fundación está constituido por los bienes que integran su dotación y por los que en lo sucesivo adquiera por cualquier título», a lo que el artículo 22, apartados 1 y 2, de la misma norma añade: «1. La dotación de la Fundación está compuesta por las aportaciones iniciales de los miembros fundadores y por las que durante la vida de la Fundación se afecten por los fundadores o por el Patronato, con ese especial carácter; 2. El patrimonio de la Fundación estará integrado, aparte de la dotación inicial o sucesiva, por cualesquiera otros bienes y derechos susceptibles de valoración económica que, en lo sucesivo, adquiera la Fundación y en especial por: ... b) Los bienes que adquiera en lo sucesivo, a título oneroso o gratuito, de cualquier persona, y las herencias y legados que reciba ...».

Debe ponerse de manifiesto que, de acuerdo con lo expresamente previsto en las condiciones de incorporación de nuevos Patronos al Patronato de la Fundación CENATIC, a las que anteriormente se ha hecho referencia, el importe de las aportaciones económicas que aquéllos deberán realizar a tal fin (65.000 euros anuales en el caso de Administraciones públicas y 100.000 euros anuales en el de personas jurídicas privadas) en ningún caso se considerará como parte integrante de la dotación fundacional, sino que se incorporará al patrimonio de la Fundación, en los términos de los artículos 19.1 de la LF y 3.1 y 22.2 de sus Estatutos [de modo específico, se trataría de bienes adquiridos a título gratuito, de los aludidos en el epígrafe b) del artículo 22.2 de los Estatutos fundacionales].

Por otro lado, el artículo 23.1.a) de la LF impone a las fundaciones la obligación de destinar efectivamente su patrimonio y las rentas de éste a

los fines fundacionales, especificando el artículo 27.1 del mismo texto legal que habrá de dedicarse a la realización de esos fines al menos el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas y de los ingresos de las fundaciones, una vez deducidos los correspondientes gastos, y que el resto deberá destinarse a incrementar la dotación o las reservas según acuerdo del Patronato, previsiones reproducidas en el artículo 7, apartados 1 y 2 de los Estatutos de la Fundación CENATIC. Finalmente, el artículo 23.1 de los Estatutos de la Fundación CENATIC establece que «la Fundación destinará al desarrollo de sus actividades los ingresos derivados de sus recursos propios y, en su caso, aquellos otros procedentes de las aportaciones, ayudas, subvenciones o donaciones que reciba de personas o entidades, tanto públicas como privadas». Todas estas previsiones, como es obvio, resultarán de aplicación a las aportaciones que realicen las Administraciones públicas y personas jurídicas privadas que se incorporen al Patronato de la Fundación CENATIC al amparo de las condiciones aprobadas por ese órgano en desarrollo del artículo 10.2 de sus Estatutos.

II. Una vez expuestas las anteriores consideraciones referentes a la Fundación CENATIC, procede pasar al concreto análisis de la cuestión consultada por el Secretario General de Red.es, relativa a la incidencia de la eventual participación de empresas privadas en el Patronato de esa Fundación en la posibilidad de que ésta sea destinataria de encomiendas de gestión sujetas al régimen establecido en el artículo 3.1.1) del TRLCAP, con arreglo al cual «quedan fuera del ámbito de la presente Ley: ... 1) Las encomiendas de gestión que se realicen a las Entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública».

Como puede apreciarse, el artículo 3.1.1) del TRLCAP no hace referencia expresa a las fundaciones del sector público estatal como posibles destinatarias de las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de la propia Ley. Sin embargo, no cabe duda que esas fundaciones deben entenderse comprendidas en el genérico término «Entidades» utilizado por el precepto legal, lo que, por otra parte, plantea la cuestión referente a los requisitos que deben concurrir en ellas para poder considerarlas incluidas en la previsión establecida en la norma, ya que, como es obvio, no les es de aplicación el criterio recogido en el último inciso del precepto, por cuanto que las fundaciones, a diferencia de las sociedades mercantiles a las que ese inciso se refiere, no disponen de un capital social, no siendo por tanto posible atender a la circunstancia de que su titularidad corresponda en su totalidad a la Administración pública de que se trate.

A este respecto, no resulta posible acudir a la solución de establecer una correlación entre los efectos inherentes a la titularidad del capital social de las sociedades mercantiles, que implica la atribución de determinados derechos económicos a quien la detenta (entre los que se incluyen el de participar en los beneficios derivados de la actividad social o el de recibir una parte de su patrimonio en el caso de disolución), y los derivados de la procedencia de la dotación de las fundaciones que, por el contrario, no

7/07 atribuye a los fundadores derechos económicos de ninguna clase (ni a la participación en los rendimientos que puedan derivar de su actividad, ni a la percepción de una parte de su patrimonio en el caso de extinción), todo ello como lógica consecuencia de la distinta significación jurídica y económica del capital social y de la dotación fundacional, derivada, a su vez, de la diferencia entre los fines y objetivos de las sociedades mercantiles (la realización de actividades comerciales para la obtención de lucro por parte de sus socios) y los de las fundaciones (la afectación permanente de un patrimonio a la realización de fines de interés general).

A la vista de ello, parece lógico acudir, para la interpretación del sentido y extensión de la previsión contenida en el artículo 3.1.1) del TRLCAP, a un criterio sistemático, histórico y teleológico, que impone la consideración de la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 13 de enero de 2005, en la que se declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones derivadas de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas, al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración celebrados por las Administraciones públicas con las demás Entidades públicas, incluso si constituirían contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y ello porque la actual redacción del artículo 3.1.1) del TRLCAP fue introducida por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005 precisamente para dar debido cumplimiento a esa sentencia, en la que se contenían, en lo que ahora interesa, los siguientes pronunciamientos:

«37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra *a*), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra *b*), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra *a*), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.

41. En tales circunstancias, procede estimar el segundo motivo de la Comisión.»

La aplicación a la interpretación del artículo 3.1.1) del TRLCAP del criterio plasmado en la mencionada sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 supone, en suma, que las encomiendas de gestión que se realicen por una Administración pública a favor de una fundación quedarán excluidas de la aplicación de ese texto legal cuando concurren dos requisitos:

1.º De una parte, que la Administración pública encomendante ejerza sobre la fundación encomendaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

2.º Por otro lado, que la fundación encomendaria realice la parte esencial de su actividad con la Administración pública encomendante.

A este respecto, serán de aplicación al caso que nos ocupa los criterios recogidos por esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su Instrucción núm. 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y restantes Entidades públicas y privadas del sector público estatal, en la que se señaló lo siguiente:

«... tomando en consideración como criterio interpretativo de la previsión contenida en el apartado 1) del artículo 3.1 del TRLCAP la doctrina sobre la figura del *in house providing* en aplicación de la cual se dicta la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (para cuya ejecución, como se expuso, se introducen en el TRLCAP por el Real Decreto-ley 5/2005 las modificaciones del citado precepto), las encomiendas de gestión realizadas por la Administración General del Estado, sus Organismos o Entidades públicas deberán entenderse amparadas en el apartado 1) del artículo 3.1 del TRLCAP, y por tanto excluidas de la aplicación del TRLCAP, aunque su objeto coincida con el de alguno de los contratos regulados en el propio TRLCAP o en normas administra-

tivas especiales y con independencia de su cuantía, cuando en ellas concurren las siguientes circunstancias:

1.º) Que se realicen a favor de alguna de las siguientes entidades:

[.../...]

b) Sociedades mercantiles estatales, cuando, sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, su capital pertenezca totalmente a la Administración General del Estado, Organismo o Entidad pública que realiza la encomienda de gestión a su favor, y fundaciones del sector público estatal [a las primeras se alude expresamente en el apartado 1) del artículo 3.1 del TRLCAP y las segundas quedan comprendidas en el término «entidades» utilizado por el precepto], siempre y cuando concurren, cumulativamente, las siguientes circunstancias:

b.1) Que la Administración, Organismo o Entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre la sociedad o fundación que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

b.2) Y, además, que esa sociedad o fundación en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración, Organismo o Entidad pública que la otorga.»

III. La aplicación al caso de la Fundación CENATIC, que constituye el objeto del presente dictamen, de la previsión contenida en el artículo 3.1.1) del TRLCAP, interpretada con arreglo a la doctrina establecida por la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, requiere la formulación de las consideraciones que se expondrán a continuación.

Por razones sistemáticas, se aludirá primeramente al requisito enumerado con anterioridad en segundo lugar, consistente en que la fundación encomendataria realice la parte esencial de su actividad con la Administración pública encomendate, para analizar posteriormente el otro requisito, el de que la Administración pública encomendante ejerza sobre la fundación encomendataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, que es el que, de acuerdo con lo expuesto en la consulta remitida, suscita mayores dudas en el caso que nos ocupa.

Dado que en la solicitud de dictamen remitida a este Centro directivo por el Secretario General de Red.es no se indica nada en contrario, ha de partirse de la hipótesis de que en el presente caso concurre el requisito de que la Fundación CENATIC realiza la parte esencial de su actividad respecto de Red.es y de la Junta de Extremadura. Como es obvio, en el caso de que no fuera así, y de que la actividad realizada por la Fundación respecto de esas Administraciones públicas no constituyera la parte esencial de la misma, debería entenderse que no concurre el supuesto de hecho determinante de la exclusión de la aplicación del TRLCAP previsto en el

artículo 3.1.1) del texto legal, tal y como ese precepto debe ser interpretado, a la luz de la doctrina establecida por el TJCE.

No es ocioso precisar que este primer requisito, de concurrir en los términos anteriormente expuestos, debe entenderse cumplido no solamente respecto de Red.es, sino también de la Junta de Extremadura, al ser ambas Administraciones públicas las que realizaron la aportación de su dotación fundacional inicial, en las proporciones que han quedado expresadas anteriormente. A este respecto, se considera extensivo al caso el mismo criterio adoptado por este Centro directivo en su Instrucción núm. 2/2005, de 21 de julio, en cuanto a las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca a varias Administraciones públicas con competencias o fines concurrentes, respecto de las cuales, y a la vista de la jurisprudencia del TJCE sobre la situación denominada *in house providing*, se formuló la conclusión de «la admisibilidad de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 3.1.1) del TRLCAP a una entidad cuyo capital sea exclusivamente público, aunque pertenezca, directa o indirectamente, a dos o más Administraciones públicas, siempre que concurren las restantes condiciones exigidas por la propia jurisprudencia del TJCE (que la parte esencial de la actividad que realice la entidad que recibe la encomienda se haga para las Administraciones públicas partícipes en el capital de dicha entidad y que, como exigencia implícita de lo dicho, no haya participación, aunque sea minoritaria, de capital privado)» (a continuación se examinará la diferencia existente entre los casos de las sociedades mercantiles y las fundaciones, en lo atinente al requisito de la total ausencia de participación privada en el capital social, exigido por la jurisprudencia comunitaria).

IV. Procede analizar a continuación la concurrencia en el presente caso del segundo de los requisitos a los que se encuentra condicionada la aplicación del artículo 3.1.1) del TRLCAP a las encomiendas de gestión realizadas por Red.es y por la Junta de Extremadura a la Fundación CENATIC, a saber, el de que las Administraciones públicas encomendantes ejerzan sobre la mencionada Fundación un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

1.º Debe partirse de la consideración de que, en la situación anterior a la incorporación a la Fundación CENATIC de nuevos Patronos en los términos previstos en el artículo 10.2 de sus Estatutos (a los que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico I del presente dictamen), resulta indudable la existencia de un control de Red.es y de la Junta de Extremadura sobre esa Fundación que reviste el carácter de ser análogo al que esas Administraciones públicas ejercen sobre sus propios servicios.

A este respecto, es preciso recordar que, tal y como se expuso en el fundamento jurídico I, la dotación fundacional inicial de la Fundación CENATIC, cuyo importe se elevaba a 180.000 euros, fue aportada por Red.es en un 90 por 100 y por la Junta de Extremadura en el 10 por 100 restante, y que el Patronato de la Fundación estaba constituido, en

7/07 principio, por once Patronos natos, nueve en representación del sector público estatal (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y Red.es) y dos en representación de la Junta de Extremadura. Esa composición del órgano de gobierno y representación garantizaba el pleno control de la actividad de la Entidad, ya que de conformidad con lo establecido en los apartados 6 y 7 del artículo 19 de los Estatutos, los acuerdos del Patronato se adoptarán por mayoría simple de los miembros del mismo presentes o representados en la reunión, excepto en los supuestos referidos en el apartado 7 del precepto (que exige, para la adopción de los acuerdos de mayor trascendencia para la vida de la Fundación, el voto favorable de una mayoría reforzada de, al menos, tres cuartas partes de los Patronos natos representantes del sector público estatal, presentes o representados), o cuando la legislación vigente establezca mayorías cualificadas (en su texto vigente, la LF no exige tales mayorías en ningún caso).

2.º Partiendo de esa consideración, es preciso analizar si la incorporación a la Fundación CENATIC de nuevos Patronos, en los términos previstos en el artículo 10.2 de los Estatutos y en las condiciones de incorporación aprobadas por el Patronato en desarrollo de esa norma, podría suponer la desaparición de la situación de control sobre la Entidad, análogo al ejercido sobre sus propios servicios, mantenida hasta ahora por parte de Red.es y de la Junta de Extremadura.

En este punto, es necesario analizar la cuestión planteada por el órgano consultante, relativa a si esa incorporación de nuevos Patronos implicaría la procedencia de aplicar al caso la doctrina establecida por el TJCE en la sentencia de su Sala Primera de 11 de enero de 2005, dictada en el asunto C-26/03, derivado de la petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Naumburg (Alemania) en el procedimiento entre Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH, de una parte, y TREA Leuna, de otra, con arreglo a la cual las encomiendas de gestión solamente quedarían excluidas de la aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública si se verifican a favor de una sociedad cuyo capital pertenezca exclusiva y únicamente a la Administración o Administraciones públicas encomendantes, sin participación ninguna, ni siquiera minoritaria, de personas privadas [requisito introducido en la dicción del último inciso de la nueva redacción del art. 3.1.1) del propio TRLCAP].

La sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005 resolvió un caso en el que el Ayuntamiento de Halle, sin seguir un procedimiento de licitación, había encargado el tratamiento de residuos a la sociedad RPL Lochau, cuyo capital pertenecía mayoritariamente a dicho Ayuntamiento y, en una fracción minoritaria, a una sociedad privada, declarando lo siguiente:

«48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso cele-

brado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras *a*) y *b*), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.»

Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada en varias sentencias del TJCE, como son las de la Sala Primera de 10 de noviembre de 2005 –asunto C-29/04, entre la Comisión y la República de Austria–, 6 de abril de 2006 –asunto C-410/04, entre la Asoziacione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori y el Comune di Bari y AMTAB Servizio SpA– y 18 de enero de 2007 –asunto C-220/05, entre Jean Auroux y otros y el Com-

7/07 mune de Roanne–, y la de la Sala Segunda de 19 de abril de 2007 –asunto C-295/05, entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales y Transformación Agraria, S. A., y la Administración del Estado.

3.º En criterio de este Centro directivo, la cuestión planteada por el órgano consultante debe resolverse en el sentido de que la situación de control de la Fundación CENATIC por parte de Red.es y de la Junta de Extremadura, no quedará alterada por la eventual incorporación de esos nuevos Patronos, sin que resulte de aplicación a este caso la doctrina consagrada en la sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005, y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, debe reiterarse cuanto fue expuesto anteriormente en cuanto a las sustanciales diferencias existentes, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el económico, entre el capital de las sociedades mercantiles y la dotación de las fundaciones.

Así, la titularidad del capital de las sociedades mercantiles conlleva la atribución de determinados derechos económicos, de entre los que destaca el de participar en los beneficios derivados de la actividad social. Es esta circunstancia la que toma en consideración el TJCE para configurar su criterio en cuanto a la improcedencia de aplicar la figura del *in house providing* cuando existe una participación privada, aunque sea minoritaria, en el capital de la sociedad mercantil encomendada, ya que ello implicaría que la encomienda de gestión favorecería a las personas jurídicas privadas que ostentaran esa participación, al permitirles la obtención de un lucro particular, al margen de cualquier consideración relacionada con el interés general (... es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta»), en detrimento del principio de igualdad de los operadores económicos privados y del mantenimiento de una competencia libre y no falseada entre ellos (... la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores»).

Sin embargo, la aportación de los bienes y derechos que integran la dotación de una fundación no confiere a los fundadores el derecho a la participación en los rendimientos que puedan derivar de su actividad, ni ningún otro derecho de índole económica que implique la posibilidad de obtención de lucro. Esa aportación supone, simplemente, la afectación permanente de esos bienes y derechos a la realización de determinados

finés que, por la misma naturaleza de las entidades fundacionales, deben ser siempre de interés general, y nunca pueden tender a la satisfacción de intereses particulares.

Por ello, debe formularse la conclusión de que no cabe extender los efectos que la jurisprudencia comunitaria asocia a la participación de personas privadas en el capital de una sociedad mercantil a la participación de esas mismas personas en la dotación de una fundación. Y ello, porque en este último caso, esa aportación tiene como única finalidad la contribución a la consecución de determinados fines de interés general (los que específicamente persiga la fundación, y que justifican su existencia y dirigen en todo momento su actividad), pero en modo alguno da lugar a la satisfacción de intereses particulares, ni genera lucro alguno para el aportante, que no tiene derecho a hacer suya ninguna parte de los rendimientos de la actividad de la fundación, ni por todo ello supone una quiebra del principio de igualdad entre operadores económicos ni una infracción de las normas sobre libre competencia. En suma, a la vista de todo ello, no es posible trasladar la doctrina consagrada en la sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005, que se refiere a las consecuencias de la existencia de una participación, aun minoritaria, de personas privadas en el capital de las sociedades mercantiles, a los supuestos de participación de esas personas en la dotación de las fundaciones; al tratarse de supuestos totalmente diferentes y entre los que no existe identidad de razón.

b) Este criterio queda plenamente confirmado si se toma en consideración la previsión contenida en el primer párrafo del artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 261, de 31 de octubre, y actualmente en período *vacatio legis* (dado que, con arreglo a lo establecido en su disposición final duodécima, su entrada en vigor se producirá a los seis meses de dicha publicación), al que hace referencia la consulta remitida por el Secretario General de Red.es. En efecto, el citado precepto, en el que se regulan los medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, establece que «a los efectos previstos en este artículo (en el que se regula la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares) y en el artículo 4.1.n) (en el que se excluyen de la aplicación de la Ley los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue la realización de una determinada prestación a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder adjudicador), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Como puede comprobarse, la redacción de este precepto es clara e inequívoca, al circunscribir la exigencia de que la totalidad del capital de los medios propios y servicios técnicos sea de titularidad pública a aquéllos que tengan la naturaleza jurídica de sociedades, lo que, a sensu contrario, implica que cuando no sea así (es decir, cuando esos medios propios y servicios técnicos ostenten otra naturaleza jurídica, por ejemplo, la de fundaciones, como es la que aquí nos ocupa), únicamente será exigible el cumplimiento de los requisitos de que realicen para los poderes adjudicadores la parte esencial de su actividad y de que estos poderes adjudicadores ostenten sobre ellos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios, lo cual, obviamente, no podría ser de otra manera, dado que los medios propios y servicios técnicos que no sean sociedades (por ejemplo, las fundaciones) no dispondrán de un capital social, ni de un concepto patrimonial de análoga significación jurídica y económica, al que pueda ser aplicada la regla establecida en el último inciso del primer párrafo del artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

c) Pero es que, además, y a mayor abundamiento de lo anterior, es preciso recordar que en el caso que nos ocupa, el de la Fundación CENATIC, la incorporación de nuevos Patronos ni siquiera supone la modificación de la composición de la dotación fundacional.

En efecto, tal y como se expuso en el fundamento jurídico I del presente dictamen, en las condiciones de incorporación de nuevos Patronos aprobadas por el Patronato de la Fundación se establece expresamente que las aportaciones económicas de aquéllos (que se fijan en cuotas anuales de 65.000 euros, en el caso de las Administraciones públicas, y de 100.000 euros, en el de las personas jurídicas privadas) no formarán parte de la dotación fundacional. Dichas aportaciones simplemente tendrán la consideración de bienes adquiridos a título gratuito por la Fundación, para adscribirlos al cumplimiento de sus fines y objetivos de interés general, en los términos establecidos en los artículos 19.1 y 23.1.a) de la LF y 3.1, 7, 22.2 y 23.1 de los Estatutos de la Fundación CENATIC.

Por tanto, resulta indudable que el hecho de realizar esas aportaciones económicas a fondo perdido, destinadas a la consecución de los fines de interés general propios de la Fundación CENATIC, y que ni siquiera pasan a afectarse a la dotación fundacional, en modo alguno genera una situación jurídica o económica análoga a la que se deriva de la participación en el capital de una sociedad mercantil, ya que no originan ningún derecho a la percepción de una parte de los rendimientos económicos obtenidos por la Fundación (como se ha expuesto, ni siquiera las aportaciones a la dotación fundacional origina ese tipo de derechos; y tampoco, obviamente, las contribuciones al patrimonio de la Fundación como las que han de realizar los eventuales nuevos Patronos).

4.º Queda por analizar si la incorporación al Patronato, órgano de gobierno y representación de la Fundación CENATIC, de los nuevos Patronos a los que se refiere el artículo 10.2 de sus Estatutos, podría impli-

car la pérdida del control ejercido sobre la Entidad por Red.es y la Junta de Extremadura (quienes, como se ha expuesto, designan a los once Patronos natos que integran ese órgano con arreglo a lo previsto en el art. 10.1 de la norma estatutaria).

A este respecto, este Centro directivo entiende que la incorporación al Patronato de esos nuevos Patronos no supondrá una modificación de la actual situación de control de la Entidad por parte de las Administraciones públicas fundadoras, ya que en el citado artículo 10.2 de sus Estatutos se prevé expresamente que los Patronos representantes del sector público estatal siempre deberán ser «más de la mitad del número total de Patronos», a cuyo fin, si fuera necesario, Red.es «podrá designar el número de Patronos necesarios dentro de dicha categoría para llegar a dicha proporción». A la vista de ello, es patente que la eventual incorporación de los nuevos Patronos nunca podrá llegar a privar a las Administraciones fundadoras del total control sobre la Fundación, teniendo en cuenta que, con arreglo a lo establecido en los apartados 6 y 7 del artículo 19 de los Estatutos, los acuerdos del Patronato requieren con carácter general el voto favorable de la mayoría simple de los miembros del órgano y, en determinados supuestos especiales, el de una mayoría reforzada de al menos tres cuartas partes de los Patronos natos representantes del sector público estatal, mayorías que en todo caso se encuentran garantizadas a favor de las Administraciones públicas fundadoras por las reglas contenidas en el artículo 10.2 de los Estatutos, cualquiera que sea el número de nuevos Patronos que se incorporen a la Entidad.

En definitiva, y por todas las consideraciones que han quedado expuestas, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado mantiene el criterio de que la incorporación de nuevos Patronos al Patronato de la Fundación CENATIC, en los términos previstos en el artículo 10.2 de sus Estatutos y en las condiciones aprobadas por el mencionado órgano de gobierno y representación de la entidad, no impide que siga rigiendo respecto de ésta la previsión del artículo 3.1.1) del TRLCAP, en cuanto a la exclusión de la aplicación del mencionado texto legal a las encomiendas de gestión que realicen a su favor Red.es y la Junta de Extremadura. Y ello, considerando que esas Administraciones fundadoras continuarán ejerciendo sobre la Fundación CENATIC un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y que las aportaciones que los nuevos Patronos realizarán al patrimonio de la entidad simplemente contribuirán a la consecución de los fines de interés general perseguidos por la Fundación, pero no confieren a aquéllos el derecho a la obtención de lucro para sí mismos ni, consecuentemente, suponen una infracción del principio de igualdad entre los operadores económicos y de la libre competencia (por lo que no será de aplicación al caso la doctrina establecida por el TJCE en su sentencia de 11 de enero de 2005). Todo lo anterior, partiendo siempre del presupuesto de que concurra en todo caso la circunstancia de que la Fundación CENATIC realice la parte esencial de su actividad respecto de las Administraciones públicas fundadoras.

En virtud de todo lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La incorporación de nuevos Patronos al Patronato de la Fundación CENATIC, en los términos previstos en el artículo 10.2 de sus Estatutos y en las condiciones aprobadas por el mencionado órgano de gobierno y representación de la entidad, no impide que siga rigiendo respecto de ésta la previsión del artículo 3.1.l) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a la exclusión de la aplicación del mencionado texto legal a las encomiendas de gestión que realicen a su favor Red.es y la Junta de Extremadura, que continuarán ejerciendo sobre la entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, siempre y cuando concurra además la circunstancia de que la mencionada Fundación CENATIC realice la parte esencial de su actividad respecto de esas Administraciones públicas fundadoras.