

“DE NUEVO SOBRE LA HUÍDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TSJG EN EL CASO DE LA FUNDACIÓN SEMANA VERDE DE GALICIA”.

PABLO GONZÁLEZ MARIÑAS
Profesor Universitario

I.- La Sala Tercera del TSJG dictó el 6 de Noviembre de 2002 sentencia en el recurso 9034/1998, promovido por “Fomento de Construcciones y Contratas,S.A.” contra la “Fundación Semana Verde de Galicia”, y como codemandado, entre otros, contra el Consello de la Xunta de Galicia. El recurso fue formulado contra la negativa expresa de la demandada a liquidar definitivamente las obras del Recinto Ferial de Silleda y, en consecuencia, a pagar, debidamente actualizadas, las cantidades ya reclamadas en los años 1997 y 1998, en base a la Memoria de liquidación (de obras principales) aprobada el 30 de Septiembre de 1996, declarando además que las obras accesorias y complementarias realizadas habían sido recibidas “por la Administración” y exigiendo el abono de las certificaciones de obra pendientes de pago, así como el importe derivado de la revisión de precios y los correspondientes intereses de demora. Un total, en suma, en aquel momento, de unos 770 millones de pesetas. La sentencia no entra en el fondo del asunto, sino que, apreciando falta de jurisdicción para conocer, lo desestima, remitiendolo al órgano competente de la jurisdicción civil.

El fallo tiene indudable relevancia doctrinal y práctica para el siempre delicado tema de la partición competencial entre ambas jurisdicciones y, consiguientemente, para la valoración y control del fenómeno bien conocido de la “huída del Derecho administrativo”. De esta forma, lo que en principio iba a ser un breve comentario jurisprudencial terminó enredando al comentarista, tanto como enredado está el asunto mismo, precisando muchas más páginas de las propias de aquél. Y amablemente la RXG accedió a transformarlo en una nota o breve estudio.

No quiere esto decir que yo pretenda en este momento sumergir al lector en la densa problemática de aquel fenómeno de “la huída”, que doy por sobradamente tratado y conocido.

La pretensión es mucho más modesta: comentar el fallo y, al hilo de sus argumentaciones, efectuar algún excursus de carácter general, que dimensione el problema de fondo, especialmente en cuanto al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

II.- Cuando una sentencia contencioso-administrativa no resuelve, estimatoria o desestimatoriamente el fondo del asunto, sino que concluye en la inadmisibilidad del recurso por incompetencia de jurisdicción, ha de extremarse el rigor de la motivación, para que no quepa duda posible alguna de que tal decisión se ha tomado por estrictas razones jurídicas y sin que en ello hayan pesado otro tipo de factores metalegales. Siempre son malas las dilaciones injustificadas en entrar el fondo del asunto, pero mucho más si alcanzasen a dejar abierta la sospecha de que el Tribunal se muestra renuente a hacerlo, cobijándose en las muchas veces complicada partición jurisdiccional, para escapar de un litigio molesto. Y si el recurrente lleva años actuando en esa misma Jurisdicción, que en principio admitió su competencia y la reafirmó en reiterados Autos posteriores para, al final, dictar sentencia de inadmisibilidad, se comprende que su perplejidad y su enfado sean mayúsculos. Quizá haya pocas cosas que hieran tanto al recurrente como este tipo de sentencias, que a veces terminan en un irritante “peloteo de jurisdicciones”. Los letrados saben bien, además, lo difícil que resulta explicar a sus clientes que esta posibilidad de sentencia de inadmisibilidad aunque sea excepcional, ha de estar prevista legalmente, como difícil es también hacerles comprender el principio de improrrogabilidad y tantas otras para ellos crípticas figuras y expresiones de nuestro lenguaje procesal. El mero sentido común les dicta que si el Tribunal no se ve competente, que lo diga al principio y no al cabo de dos o tres años de tránsito procesal de su recurso.

III.- En la sentencia que se comenta concurren alguno de estos factores lo que, sin abonar en absoluto suspicacia de ningún tipo, requiere de una explicación muy fundada por parte del Tribunal de por qué, habiéndose éste declarado competente para conocer del asunto (Autos de 13 de Julio y 1 de Octubre de 1999, dictados en súplica presentada por la demandada, alegando la incompetencia de jurisdicción), cambia luego su criterio y, volviendo sobre sus repetidas decisiones, dicta sentencia de inadmisibilidad justamente por este motivo.

La Sala afronta por ello, antes de nada, la justificación de este proceder. El argumento central es que las alegaciones formuladas por la codemandada Xunta de Galicia no pudieron ser conocidas por el Tribunal cuando dictó tales Autos de 1999, ya que el emplazamiento de la Xunta se produjo el 28 de Marzo de 2000. Y, resultando para la Sala trascendentes dichas alegaciones, ha de valorarlas previamente, pues siempre la falta de jurisdicción se ha de examinar antes que el fondo, y siempre el Tribunal ha de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, so pena de caer en incongruencia y vulneración de la tutela efectiva. Nada ha de impedirle, por tanto, en su opinión, pronunciarse de nuevo y previamente sobre la cuestión y resolverla, en su caso, en sentido contrario al que tenían las resoluciones anteriores.

El argumento es formal y procesalmente correcto, aunque caben algunas matizaciones, en mi opinión. La primera de ellas es que resulta un tanto sorprendente que las alegaciones de la Fundación (demandada) y la Xunta de Galicia (codemandada) sean tan diferentes como para provocar un resultado decisorio radicalmente distinto en cuanto al carácter de la Fundación Semana Verde de Galicia, consiguientemente determinante de la naturaleza del contrato y jurisdicción competente para resolver la pretensión. Desconozco el contenido exacto de estos escritos, pero es obvio que ambos defienden la incompetencia de la Sala y ambos con el argumento de no ser la demandada una Administración pública. Y está claro también que, tratándose de entes tan “imbricados” en la Fundación como luego se verá, los argumentos no podrían diferir en exceso.

Ocurre, además, que la cuestión de fondo que aquí subyace (la llamada “huída del Derecho administrativo”) no es un tema nuevo e inestudiado, sino abrumadoramente analizado por nuestro iusadministrativismo, que ha aportado criterios generales suficientes para resolver las dudas de competencia jurisdiccional que puedan presentarse respecto de una Fundación de esta naturaleza, incluso al margen de lo alegado por las partes y a la vista o simple análisis de sus Estatutos, órganos rectores, financiación, etc. Es más, los argumentos más significativos que, en cuanto a la naturaleza del contrato, se contienen en la sentencia (Fundamento jurídico Tercero, 7) proceden no de las alegaciones de la Xunta de Galicia, sino de la Fundación demandada.

Pienso, por ello, que la sentencia se queda aquí coja de motivación. Debiera explicitar cuál es ese un tanto misterioso “quid novum” aportado por las alegaciones de la Xunta, capaz de provocar un tan drástico cambio de criterio. No se hace, sin embargo así, lo que deja en la oscuridad un elemento sustancialmente importante para valorar la corrección de la decisión adoptada por la Sala.

IV.- Parte ésta de la afirmación, por nadie discutida en el pleito, de que la presencia subjetiva de la Administración es requisito “sine qua non” para que se pueda hablar de contrato administrativo. Ya cabría aquí alguna consideración más matizada de la Sala a este respecto, pues es bien sabido que el concepto de Administración pública subjetiva o personalizada es demasiado formal, lábil y aún burlable, y que justamente en la posibilidad de “manipulación táctica” de tal concepto (a través de entidades difusas y de discutible integración en el aparato subjetivo de la Administración personificada como tal) radica la intencionalidad del fenómeno de la huída y las dificultades de su control. La Sala no entra, sin embargo, en ello. Simplemente por el hecho de no haber sido puesto en duda por las partes, considera innecesario entrar a examinar “la virtualidad y trascendencia” de tal requisito, que es sin embargo el nudo gordiano de la cuestión.

Trata, pues, de desentrañar el tema “analizando a fondo” la naturaleza de dicha entidad (la demandada Fundación Semana Verde de Galicia), operación en cualquier caso por completo necesaria al caso.

El primer paso en este iter hermenéutico consiste en descalificar y desechar el criterio de que la Fundación persiga o no fines de interés general a los efectos de poder definir la naturaleza, pública o privada, de la institución, ya que, en razón de la definición legal de fundación, “este principio o criterio acontecerá siempre que nos hallemos ante un ente cuya naturaleza sea fundacional”. Dada esta axiomática premisa, considera la Sala que “este criterio deviene estéril” a estos efectos.

La argumentación se me antoja en exceso simple y apodíctica y, desde luego, insuficiente para dar respuesta a los muchos supuestos dudosos en que, por tacticismo, la Administración crea instituciones fundacionales para gestionar auténticos servicios públicos. Frecuente práctica, que en Galicia se centra entre otros sectores en la asistencia sanitaria o la administración comarcal, permitiendo bordear o inaplicar el Derecho público, lo que está en la raíz del fenómeno de la huída. Cierto es que todas las fundaciones han de “perseguir el interés general”, sean públicas o privadas. Pero el problema no es este. Ese “interés general”, necesariamente concurrente, puede desde luego estar al margen de los servicios prestacionales de la Administración, pero puede también concretarse en un interés general más preciso, cobijado en la partidas presupuestarias de la Administración, dirigido por representantes gubernamentales e, incluso, formar parte de servicios de obligada prestación. El interés general no es aquí ya o solamente “general”, sino “administrativo”. En estos casos, el criterio del interés general y su concreción exacta no sólo no es estéril a la hora de determinar la naturaleza de la institución actuante, sino que resulta “esencial y orientativo”, lo que Sala niega apriorísticamente. Justamente tal criterio es uno de los medios más eficaces a la hora “del levantamiento del velo”, para comprobar si detrás de tales entes está la Administración pública.

Y esta es la razón, una de las razones, de por qué la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cansado de toda una larga práctica de “emboscamiento de fines” administrativos bajo formas jurídico-privadas (también fundacionales), ha enfatizado e impuesto el criterio de los fines, que la sentencia rechaza.

El segundo paso en el camino argumental, que consiste en alegar que existen “importantes normas de Derecho Civil en el régimen de las fundaciones”, no parece demasiado relevante al caso, como tampoco la alusión a que las fundaciones se rigen esencialmente por la voluntad del fundador “no por la de ninguno de sus patronos o entes de quien se pretende sea satélite”. Otra vez la definición legal se impone formalmente, atribuyéndole sin más valor general. Un argumento que, llevado a sus últimas consecuencias, resolvería todos los problemas de un plumazo: siempre que la forma del ente sea fundacional, no podrá haber riesgo o perjuicios en el hipotético emboscamiento administrativo, porque siempre se impondrá la voluntad del fundador privado. Pero, ¿qué ocurre si las decisiones de la fundación se toman por un órgano rector en que tenga mayoría la Administración pública correspondiente?, o ¿qué ocurre cuando hay que “ajustar” la voluntad fundacional a los Presupuestos de la Consellería correspondiente?, o ¿qué sucede cuando al presidente

ejecutivo de la fundación puede “sugerirse” desde el ente patrono que “acomode” sus criterios a los gubernamentales, por razones que no es necesario explicitar?

Cierto es que la Fundación en cuestión tiene su origen en un ente, la “Asociación Ferial Semana Verde de Galicia”, de inicial carácter privado, pero que, con el paso del tiempo, se ha ido publicando de manera incontestable. Tanto es así que, cuando la Fundación se constituye, intervienen en ello la citada Asociación, pero también la Xunta de Galicia, la Diputación de Pontevedra y la Cámara de Comercio de la misma provincia, comprometiéndose la Xunta a aportar una cuantiosa suma dineraria con cargo a diversos ejercicios presupuestarios, si bien la presidencia ejecutiva de la nueva entidad continuó en manos del que era presidente de la Asociación. Tales datos poco dicen a la sentencia que (argumentando que las distintas Administraciones participantes son “independientes entre sí”), no ven en ello indicios de que la Fundación sea “una entidad de derecho público sin más, dependiente o subordinada a la Administración”. Tampoco el que la Xunta disponga de cuatro miembros en el Patronato (de un total de once) y que el Protectorado sea presidido por el presidente de la Xunta (“que no tiene función ejecutiva alguna”), de lo que deduce que “el peso, influencia o núcleo decisorio de la Fundación gravita en torno a su único y por otro lado fundador privado”.

Conviene una consideración más detallada de estos datos (recogidos en la propia sentencia) para ver si tal conclusión se colige como razonable.

La demandada, Fundación Semana Verde de Galicia, se constituyó, como se ha dicho, con la intervención, a través de sus representantes, por la Asociación Semana Verde de Galicia (asociación privada), la Xunta de Galicia, la Diputación provincial de Pontevedra y la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de la misma provincia. La Asociación aportó al nuevo ente todo su patrimonio inmueble y la Xunta se comprometió a aportar, inicialmente, la cantidad de 5.672.036.880 pesetas (unos 56 millones de euros) con cargo a sucesivos ejercicios presupuestarios.

De otra parte, los Estatutos de la Fundación establecen que el Patronato de la misma está integrado por once miembros, cinco de la Asociación, cuatro de la Xunta de Galicia, uno de la Diputación de Pontevedra y otro en representación de la Cámara de Comercio.

Finalmente, la presidencia del Protectorado se otorga al Presidente de la Xunta de Galicia.

Pues bien, estos datos son valorados por la sentencia de la siguiente forma: de lo primero, se colige que, al recaer el cargo de presidente ejecutivo de la Fundación en el que venía siéndolo de la Asociación privada, la relevancia de este en la nueva institución es notoria respecto de la participación pública, compuesta además -se dice- por “distintas Administraciones, independientes entre sí desde el punto de vista organizativo, funcional,

competencial y presupuestario”, lo que impide considerar a la Fundación como una entidad de derecho público sin más, dependiente, subordinada o sometida a “otras” (sic) Administraciones, ni siquiera de la Xunta de Galicia”. Sorprende obviamente la nula consideración hecha aquí a la cuantiosa aportación económica de la Xunta de Galicia, fraccionada en diversos ejercicios presupuestarios, con lo que esto conlleva de sostenida tutela y dirección pública más o menos encubierta. Respecto de lo segundo (cinco miembros de la Asociación en el Patronato, de un total de once) se deriva que “el peso, influencia o núcleo decisorio de la Fundación gravita en torno a su único y por otro lado fundador privado”. Y, respecto de lo tercero (la Presidencia del Protectorado en manos del Presidente de la Xunta de Galicia), se entiende que “no tiene función ejecutiva alguna”, cuestión cierta formalmente, según el artículo 12 de los Estatutos, lo que, sin embargo, no implica ausencia de influencia decisoria, como a nadie puede escapar. Son minuciosas aquí las argumentaciones de la Sentencia, resaltando la autonomía del Patronato respecto del Protectorado, muy al hilo de su tesis de fondo.

La lógica conclusiva de todo esto resulta cuando menos discutible. Y, desde luego, de llevarse a sus consecuencias extremas y generalizarse, nada impediría a cualquier Administración pública gestionar su presupuesto por medio de entes de esta difusa naturaleza, que además tienen la virtud de difuminar el centro de imputación de las decisiones, huir de los engorrosos procedimientos administrativos y, desde luego, zafarse hábilmente de la “entorpecedora” legislación de la contratación pública. Quizá sea esta la razón de que el Fundamento Tercero, punto 4, in fine, de la sentencia no pueda concluir sino con esta expresión nada tajante: “De todo lo anterior, no cabe sino al menos dudarse de la naturaleza pública, atendido el lugar del que parece que procede el núcleo decisorio en la formación de la voluntad de la Fundación, que el actor primero y posteriormente este Tribunal asignó a la Fundación Semana Verde de Galicia”. ¿Se duda o se afirma?, el citado núcleo decisorio ¿parece o lo es?. Lo que está claro es que, sobre este inestable postulado, la sentencia va a fundamentar su fallo.

Un tercer paso en el iter de la sentencia parece destinado a reforzar con nuevas consideraciones los puntos que pudieran entenderse débiles de las anteriores argumentaciones. Se describen los fines de la Fundación (promoción de actividades agropecuarias, agroindustriales, alimentarias, elevación del nivel cultural, socioeconómico y profesional del sector agrario, patrocinio de ferias, formación profesional de las gentes del campo), se recuerda su clasificación como benéfico-privada, y se califica su actividad como “directa o inmediatamente fronteriza” con la actividad mercantil. Tales actividades no merecen, en la consideración de la sentencia, deducir que nos hallamos ante un ente de naturaleza “administrativa o pública a los efectos que aquí se estudian”, de forma que no es factible aplicar la doctrina que propugna que el criterio subjetivo del ente (¿se parte acaso inconfesa y contradictoriamente de su naturaleza pública?) “debe ceder ante el criterio objetivo del fin a que dedica su actividad”, por cuanto la Fundación “no tiene ese relevante fin público que permitiría hacer aplicar dicha doctrina constitucional”.

Razona también la sentencia que el presidente ejecutivo de la Fundación, en sus relaciones con la ejecutora del contrato, lo hacía de manera informal, sin que conste que “dirigiese la obra ni controlase su ejecución” (¿quién lo haría, pues?, ¿la Xunta de Galicia?), que en el contrato sólo se contempla la Ley de Contratos de 1965 como “de supletoria aplicación voluntaria”, que no aparece clara la “potestas variandi”, y que, en fin, las partes contratantes tuvieron dudas ya desde el principio acerca de la naturaleza del contrato que estaban suscribiendo y que la Fundación, aunque entendía que podía contratar directamente las obras, prefirió “en mérito a una mayor transparencia administrativa, y a la búsqueda de un mayor enriquecimiento en las ideas, recurrir al concurso público para la realización de un nuevo proyecto y adjudicación de la obra”.

Realmente, lo que acaba de expresarse no puede ser más denotativo de lo que buscan las Administraciones públicas con este tipo de entes “asexuados”, que permiten aprovechar las ventajas de lo público, para gestionar intereses o servicios públicos, sin someterse a las engorrosas y molestas exigencias de la legislación pública de contratos, en un régimen de máxima liberalidad en las decisiones y adjudicaciones. Ese clima que describe espléndidamente la sentencia (“no se adoptaban acuerdos formales ni se imponían, sino que se cambiaban impresiones, se adoptaban modificaciones sobre la marcha”, etc., etc.) es justamente el buscado muchas veces, en aras de una eficacia administrativa que puede en ocasiones encubrir también cualquier otra cosa, como la desgraciada experiencia de nuestra contratación pública en las últimas décadas, que luego comentaré, nos tiene demostrado.

El supuesto nos lleva otra vez al tema general de la proliferación de este tipo de entes, de los que son ejemplo en Galicia las Fundaciones Sanitarias y las Fundaciones Comarcales, que no dejan de instituirse por más que la doctrina se desgañite ante el fenómeno de la “huida del Derecho administrativo”, el Valedor do Pobo canalice quejas numerosas y hasta el Consello de Contas haya de efectuar anuales advertencias. Un excursio general sobre esta cuestión puede resultar oportuno, en atención a nuestra secuencial legislación reguladora de los contratos públicos.

El autor de la demanda (no se olvide que su pretensión es simplemente que paguen a la constructora lo que al parecer le deben) es un muy prestigioso catedrático de Derecho administrativo, el profesor Ariño Ortiz, reputado hoy en día como el mejor experto en contratación pública. No me resisto, por ello, a relatar ahora brevemente lo que tantas hemos conversado sobre la clarificación del ámbito subjetivo de la Ley de contratos del Estado primero y, luego, de las sucesivas Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas. Bien se sabe que los preceptos reguladores de esta cuestión siempre han dejado resquicios para la huída de la Administración hacia formas de contratación privada. Y que, mal que bien, en cada nueva Ley se trató de taponar esas grietas, extendiendo el ámbito aplicativo subjetivo de la Ley. Se trata de un proceso que siempre se frustra al final (porque se plasman nuevas puertas imaginativas para el escapismo), pero que muestra la línea progresiva tendencial que apunto. Por eso, sorprende, por cierto, que la sentencia que comento aluda

repetidamente al texto de 1965, cuando ya estaba vigente en el momento del pleito, la LCAP de 1995, menos permisiva.

Sin embargo, y yendo al fondo, ¿por qué esta tendencia legislativa? Simplemente porque en la década de los 80 el fenómeno de la corrupción en la adjudicación de los contratos públicos llegó a ser insoportable. Los empresarios decían a los Ministros responsables “nunca hemos tenido que pagar no sólo tanto, sino a tantos”. Hubo ante ello un acuerdo de los partidos políticos y Ministro hubo que llegó a decir a los empresarios: “por favor, no paguen más comisiones”. Bienintencionado, pero ingenuo y patético gesto ministerial, que no fue capaz de cortar la corrupción. Todavía en 1993, más de la mitad de la obra pública del Estado no se adjudicaba con arreglo y sujeción al Derecho administrativo. No cabía otro remedio que reformar una vez más la Ley y tratar de taponar las grietas, las más posibles. Es ahí donde nace el acuerdo entre los partidos para pactar una nueva Ley de contratos, que sería la Ley 53/1995, de 18 de Mayo. Hay luego un intento de modificación de esta norma, porque las cosas seguían más o menos igual, pero que no llegaría a cuajar por un inoportuno cambio de Legislatura. Inaugurada la nueva, hubo de retomarse la cuestión. Estamos ya en la gestación de la legislación vigente, Ley 53/1999, de 28 de Diciembre y posterior Texto Refundido de 16 de Junio de 2000. El objetivo seguía siendo el mismo: luchar contra la corrupción y poner freno a la huída del Derecho administrativo.

Aquí quería llegar en este comentario, porque lo acontecido resulta muy ilustrativo de las dificultades de aquellas pretensiones.

La lectura del artículo 1 de la LCAP vigente presenta sin duda problemas, pero al tiempo resulta animante, porque da la impresión de que, esta vez, el Legislador se ha tomado las cosas en serio.

Si se lee su punto 2, comprobaremos que la Ley extiende su ámbito a las Administraciones públicas, entendiendo por tales a sus efectos: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y las entidades que integran la Administración local. Ningún problema aquí, ya que la Ley se refiere a inequívocas Administraciones personificadas, perfectamente identificables.

El apartado 3 presenta ya más dificultades interpretativas. Está claro que la Ley se aplica a los “organismos autónomos en todo caso”. Pero a renglón seguido el apartado se refiere también “a las restantes entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas”, siempre que reúnan los dos siguientes requisitos, cumulativos: que no tengan carácter industrial o mercantil y que estén mayoritariamente financiadas por una Administración pública o dirigidas y controladas por ella u otra entidad de derecho público.

Este concepto de “entidades de derecho público”, tradicional en nuestro derecho, comienza ya en la Ley a ser disturbador. Se quiso mantener esta terminología, sin que ello

constituyese un acierto, como siempre ocurre cuando no se precisa en los textos el alcance exacto de los conceptos jurídicos, por más prosapia y tradición que tengan. Puede ser una nueva fisura si no se interpreta de acuerdo con la “voluntas legislatoris.” Ha de observarse que el Derecho Comunitario Europeo se ha depurado de estos conceptos confusos. Allí se habla simplemente de “pouvoir adjudicataire”: donde haya “poder público” (poder para comprometer fondos públicos), habrá sumisión a la legislación de contratos públicos. La presencia de la “puissance publique” -hay que recordar necesariamente a G. Vedel-, será determinante, por muy encubierta que aparezca.

Volvamos al texto legal y su correcta interpretación. El primer requisito (que la entidad no sirva necesidades de carácter industrial o mercantil) debe ser interpretado convenientemente, porque es obvio que cualquier entidad de derecho público (Correos, Renfe, por ejemplo) desarrolla inevitablemente una parte de actividad industrial y mercantil, actividad de transporte en los casos citados, con lo cual todas caerían bajo el ámbito de la Ley, vaciando de sentido esta primera exigencia. En opinión de Ariño, lo que la Ley quiere decir aquí es que la exigencia se concreta en que tales entidades no compitan en el mercado con otras empresas particulares. Renfe no lo hace, Correos tampoco: tienen una parte monopolística, de forma que no hay estricta competencia. Si la hubiese, ya la controlaría el mercado; como no la hay, tiene que controlar el poder público y, por tanto, aplicarse el régimen jurídico público de los contratos, la LCAP. El segundo requisito (que afecta no ya a la actividad, sino a financiación, control y dirección de la entidad) es más claro: la Ley exige que esto se ejerza por una Administración pública, por órganos nombrados mayoritariamente por ésta. Entendido así este apartado del artículo 1, ya se ve que la Ley ata mucho, extendiendo debidamente su ámbito de aplicación, lo que es congruente con su voluntad claramente expresada en su elaboración y aprobación.

Pero el tema de las entidades de derecho público no acaba aquí. Tras las aludidas entidades de derecho público, inequívocamente sujeta al ámbito aplicativo de la Ley, el artículo 2 dispone que las “no comprendidas en el ámbito definido por el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación”, siempre que se trate de contratos importantes en su cuantía (apartado 2.1.a) y la fuente de financiación provenga principalmente, ya de forma directa o indirecta de las Administraciones públicas (apartado 2.1 b), y también de contratos de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, edificios escolares o universitarios, edificios de uso administrativo, y asimismo los de consultoría y asistencia relacionados con los anteriores, si están subvencionados por la Administración con más del 50 por ciento de su importe (apartado 2). ¿A qué entidades de derecho público se refiere aquí la Ley?, ¿AENA, por ejemplo?, ¿a las Sociedades de Gestión del Suelo? No es fácil saberlo, pero se debe aplicar para desvelarlo el mismo criterio de la competencia: si funcionan en competencia y no son controladas por el poder público, no serían entidades de derecho público, pero nada más. La Ley, pues, va atando más y más, sujetando más y más entidades y contratos a la LCAP.

En definitiva y como recapitulación, si se defiende esta interpretación de la equívoca expresión “entidades de derecho público” (que en palabras de Ariño es la que mejor refleja la discusión parlamentaria de la Ley) se aprecia que, en realidad, nuestra Ley quiere que se aplique el espíritu europeo antes comentado: que donde hay poder público, donde hay capacidad de adjudicar comprometiendo fondos públicos, ha de aplicarse la LCAP.

Hasta aquí todo resulta coherente en la Ley, en su confesado afán de luchar contra la corrupción y evitar los fenómenos de huída que la posibilitan. Y si dejásemos aquí la lectura de su texto podríamos confiar en que, al fin, se hubiesen arbitrado en nuestra legislación medios eficaces a tal propósito y los jueces pudiesen dictar sus sentencias en términos claros y no dubitativos. Pero en las normas, al igual que en la tauromaquia, “hasta el rabo todo es toro”. Si seguimos adelante en su lectura, nos encontraremos (en esa “peligrosa” parte final de adicionales, transitorias y finales) con una epatante Disposición Adicional Sexta del siguiente tenor: “Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Realmente es difícil imaginar una disposición más descarada y eficaz para convertir en basura retórica todo lo dispuesto en el artículo 1. El Legislador, cual Prestige prestidigitador, abre una fisura que desmonta todo el sistema. Porque, ¿qué han hecho las Administraciones públicas ante la tentación abierta por esta Disposición? Se han “lanzado” a crear sociedades mercantiles, sujetas al derecho privado, salvo en esos “principios” de publicidad y concurrencia, tendenciales principios que, además, pueden esquivar también con el simple arbitrio de considerar, “propria voluntas”, incompatibles con la operación a realizar. Este es el nuevo talón de Aquiles de la aplicación generalizada de la LCAP allí donde subyazca poder público, sea quien sea el que lo ejerza y adjudique el contrato.

Y la jurisprudencia, obligada a la aplicación de la Ley, vuelve a quedar inerte y duda. Quizá le exigimos demasiado. Pensamos que debería ser más valiente, porque el espíritu de la Ley parece claro. Pero, ¿puede?, ¿debe? y ¿sería capaz de “levantar el velo” hasta donde corresponde?.

VI.- En el caso que ahora nos ocupa la Administración no ha acudido a este resorte último (no explícito en la legislación aplicable al caso) de transformar a la Fundación en cuestión en una sociedad mercantil sujeta al derecho privado. El procedimiento ha sido más sutil, aunque suficientemente “embarullado” para lograr huir del control de la Jurisdicción contencioso administrativa. Pero, si se la incordiasse mucho, podría hacerlo. Es más, hoy en día se han producido respecto de aquella entidad, tras la sentencia que comento, decisiones de la Xunta de las que deviene un notorio control absoluto por su parte de la Fundación Semana Verde de Silleda. Y queda un regusto de frustración o impotencia del

Derecho frente a situaciones así. Todo ello sin contar con el calvario del recurrente que, aunque bien asesorado, ha de emprender un nuevo y fatigoso camino ante otra Jurisdicción, no especializada, tras varios años de pleito abierto ante la contenciosa. Al final, ¿quién pagará los intereses y las costas?, porque la pretensión, cobrar lo que se le debe, parece fundada. La huída del Derecho administrativo sigue ahí tan campante, sin que seamos capaces de evitar el riesgo de que algún día y en alguna ocasión pueda convertirse en la huída de todo Derecho.

La sentencia que se comenta intenta “el levantamiento del velo” y concluye, tras las consideraciones expuestas, que a través de la Fundación Semana Verde de Galicia “no se ha creado una situación aparente, a través de la cual se persigan los fines propios de alguna de las Administraciones que, junto con la Asociación Ferial, fundó aquella y actúan ahora como patronos, sino que ha resultado que sus fines son concurrenciales con esta última, asociación privada”. No se alcanza bien a comprender qué añade esa concurrencia al fondo de la cuestión, ya que lo que se analiza son los fines de la Fundación, como ente único (del que forman parte la Asociación en origen privada y las Administraciones, de forma conjunta), no los fines por separado de una y otras.

Sin duda la gran cuestión radica en la profundidad de esta operación de levantamiento del velo. La sentencia dice que la aportación económica de la Xunta está destinada a infraestructuras, pretendiendo al parecer considerarla por ello como algo ajeno a la actividad y al contrato contemplado, ajenidad nada clara si se tiene presente que la demanda persigue justamente que a la constructora se le liquiden definitivamente “las obras del recinto ferial de Silleda”. Y dice también la sentencia que “el origen de los fondos y de la proporción pública de los mismos” no se ha probado (cabría preguntarse por qué, incluso aunque las partes no lo hubiesen pedido), de manera que -concluye la Sala- todas estas circunstancias “nos obligan a afirmar que, hasta donde se ha puesto en conocimiento de este Tribunal, no estamos simplemente ante una personificación jurídica independiente ante la gestión de un servicio público (...), es decir, no estamos ante una alternativa organizadora que alguna de las Administraciones fundadoras y Patronos la utilice como instrumento de su potestad organizadora, ni siquiera de la Xunta de Galicia, de quien debe recordarse que ejerce el Protectorado como respecto de toda fundación declarada de interés gallego y dispone de menos miembros en el Protectorado (sic, ¿por Patronato?) que el miembro fundador privado”.

Estas últimas consideraciones sobre la prueba y sobre un juicio final basado en ese cautelar “hasta donde se ha puesto en conocimiento de este Tribunal”, dejan abierta la duda de si se ha profundizado debidamente en la operación de levantamiento del velo. También, desde luego, de que tal clarificación no es fácil y de que va ser larga la lucha contra la huída, tanto o más que en su día lo fue la batalla por las medidas cautelares, por citar sólo un ejemplo de la guerra permanente por las garantías ante el actuar de las Administraciones públicas, se disfracen de lo que se disfracen.

Sentencia do 6 de novembro de 2002
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
Sala do Contencioso-Administrativo
(Sección 3ª)

Relator: Aranguren Pérez

La presunta actuación administrativa a cuya impugnación se contrae el objeto del presente procedimiento lo constituye la denegación expresa por la entidad Fundación Semana Verde de Galicia, a liquidar definitivamente las obras del recinto ferias de Silleda, viniendo el suplico de la demanda interpuesta a solicitar que “previos los trámites legales, según lo dispuesto en el art. 64 LRJCA se pronuncie, si considera necesario que se emplace como coadyuvantes (o en su caso como parte demandada), además de la Fundación “Semana Verde de Galicia”, también la Xunta Galicia, el Ayuntamiento de Silleda, La Asociación Ferial Semana Verde de Galicia, la Diputación Provincial de Pontevedra, y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Pontevedra en el bien entendido sentido de que el fallo les pudiera afectar patrimonial y financieramente; y dicte S. por la que declare que la Fundación “Semana Verde Galicia” y las mencionadas Administraciones han recibido, todas las obras realizadas, desde el día de su inauguración oficial (29/5/96), o en su, caso el 30/9/96 (fecha en que se firmó la Memoria de Liquidación); declare iniciado el plazo de garantía desde el momento de la recepción; Declare que la liquidación de las obras principales (no accesorias complementarias) es la aprobada en la Memoria de Liquidación realizada el 30/9/96 por todas las partes intervinientes en la obra excepto la propia Fundación “Semana Verde de Galicia”; Declare que las obras accesorias y complementarias realizadas han sido recibidas por la Administración, y liquidadas, conforme se solicita en el cuerpo de esta demanda; y en consecuencia reconozca la situación jurídica individualizada que corresponde a “F.C.C.,S.A.” y condene a la Fundación “Semana Verde de Galicia” y a las referidas Administraciones a realizar cuantas actuaciones resulten necesarias para implementar las referidas declaraciones y en concreto a pagar a “F.C.C.,S.A.” el importe de las certificaciones de obra pendientes de pago (64.241.299 ptas.), más importe debido sobre el conjunto de la obra por derecho a revisión de precios (344.895.960 pts.), más el precio de la construcción de las obras complementarias realizadas (109.1291.320 ptas.), más el precio de las obras provisionales realizadas en los 14 certámenes a que se ha hecha referencia en esta demanda (103.288.415 ptas.), más los intereses de demora hasta el día del pago efectivo en ejecución de S. correspondientes al impago de las cantidades debidas por revisiones de precios (por el momento, no menos de 105.719.949 ptas.), más los intereses de demora correspondientes a los pagos de las certificaciones ordinarias a que antes se ha hecho referencia, hasta el día del pago efectivo en ejecución de S. (por el momento, no menos de 16.443.788 ptas.), más los intereses, hasta el día del pago efectivo en ejecución de S., por demora en el pago de las referidas obras complementarias (por el momento, no menos de 24.690.509 ptas.), lo que totaliza cuando menos (dependerá de cuando se pague, para calcular los intereses) 768.409.240 ptas. según se ha razonado ya” solicitando asimismo que se condenara en costas a la parte contraria.

Se opone la demandada Fundación Semana Verde de Galicia en base a los hechos y fundamentos de derecho en su escrito hechas constar, planteando como cuestión previa la revisión de la resoluciones

dictadas por este Tribunal por las que se declaraba competente para conocer del presente recurso así como falta de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido emplazado uno de los patronos de la Fundación, concretamente la Asociación Ferial Semana Verde de Galicia.

Se opone asimismo a la demanda presentada, la coadyuvante emplazada como codemandada, la Administración autonómica Xunta de Galicia, planteando como cuestión previa, falta de jurisdicción para conocer del pleito planteado así como falta de legitimación pasiva y oponiéndose en cuanto al fondo en base a los hechos y fundamentos de derecho expresados e su escrito de contestación.

Forzoso es con tal motivo, tal como prevé tanto la anterior Ley Jurisdiccional por la que se rige este pleito como la actual en relación con la indiscutida Jurisprudencia que la informa, comenzar en primer lugar por el estudio de la Jurisdicción competente para conocer de este pleito, materia ésta que ninguna de las partes desconoce que incluso de oficio y en cualquier momento debe ser examinada, aún cuando ya éste Tribunal resolvió en sentido positivo la misma a través de las siguientes resoluciones judiciales: Auto 13/7/99 y Auto 1/10/99 por el que se desestimaba el recurso de súplica presentado por la demanda Fundación Semana Verde de Galicia contra la antecedente resolución citada y por la que se reafirmaba el Tribunal en su decisión de estimarse competente para conocer del recurso contencioso administrativo ante el mismo interpuesto al entender adecuado el orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer de las pretensiones que se iban a ejercer ante él.

Ante dicha cuestión previa, resulta en primer lugar conveniente comenzar analizando la necesidad o no de proceder a un nuevo examen de la Jurisdicción competente para conocer de este pleito, habiendo llegado éste órgano judicial a las siguientes conclusiones:

-Resulta ineludible reconocer que las alegaciones formuladas por la codemandada Xunta de Galicia fundando la incompetencia de jurisdicción de este Tribunal para conocer del pleito presente, no pudieron ser examinadas con anterioridad a esta resolución y por tanto no pudieron ser tenidas en cuenta (incorporando en parte, argumentos nuevos que con anterioridad no pudieron ser conocidos), ya que su emplazamiento como codemandada acontece en fecha 28/3/00, y por tanto con posterioridad a las resoluciones judiciales por las que se asumió por este Tribunal la competencia, no pudiendo olvidarse, atendidas las circunstancias que acontecen en este caso, donde la Xunta de Galicia aparece como uno de los Patronos de la fundación demandada así como quien tiene encomendada su Protectorado, la trascendencia de dichas alegaciones, cuya resolución va a determinar nada menos que el orden jurisdiccional competente y por ende el Tribunal competente para su conocimiento, y que en caso de no dárselos respuesta parece evidente supondría causar a dicha parte una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la propia existencia del procedimiento seguido y la solución material que en éste pueda darse resulta indiscutible que descansa como premisa básica, entre otras, sobre cual es la jurisdicción competente encargada de conocer del mismo.

-No nos ha resultado auxiliar o accesorio a estos efectos, la doctrina establecida por el TC por la que exige de los órganos judiciales una respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, tanto a la cuestión principal como a las posibles causas de inadmisión del recurso (STC 116/86) entre las que se encuentra la falta de jurisdicción, y de la que no parece pueda extraerse como consecuencia responder con silencio, ante las alegaciones vertidas al respecto (aunque ya se resolvieron con carácter previo) por la demandada Fundación Semana Verde de Galicia tanto en su escrito de contestación

como al evacuar el trámite de conclusiones. Lo contrario parece que conduciría a una falta de motivación suficiente de la presente resolución judicial atendido el engarce declarado por el TC (109/92) entre la incongruencia omisiva y el derecho a una motivación razonada y suficiente de las resoluciones judiciales, no bastando su resolución por remisión a las resoluciones judiciales ya dictadas con anterioridad (Auto 13/7/99 y Auto 1/10/99).

-La competencia de las Salas de este Orden Jurisdiccional es improrrogable, presupuesto que por afectar al orden público procesal, puede y debe ser examinado por aquéllas, tanto a instancia de parte como de oficio (STS 16/12/96), debiéndose examinar la falta de jurisdicción con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo, es decir al enjuiciamiento de las pretensiones contenidas en la demanda (STS 6/2/96 y STS 18/6/96), estando habilitado este Tribunal (y resultando ello obligado a la vista de lo antes dispuesto) para pronunciarse de nuevo sobre la falta o no de esta Jurisdicción para conocer del pleito presente, al amparo de los arts. 9.6 LOPJ y del art. 71 L.J de 1956 (art. 5 nueva L.J. en igual sentido) aquí aplicable puesta en relación con el art. 82.a) del mismo cuerpo legal y la Jurisprudencia constitucional que lo informa (STC 22/85, 55/86, y 90/91 entre otras) que si bien con carácter general (salvo en supuestos en que no caber resolver por medio de Auto, como aquí acontece y luego se verá) impiden se pueda declarar inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto, si conceden sin embargo, en caso de apreciarse falta de jurisdicción, su remisión al órgano del orden jurisdiccional tenido por competente lo que exige que en caso de no estimarse competente este Tribunal se remitan las actuaciones al Tribunal tenido por competente.

De lo anterior se deriva la Sala, llegó a la conclusión de considerar la procedencia no solo formal sino material de un nuevo examen en este momento procesal y a través de la presente resolución de la Jurisdicción competente para el conocimiento y resolución del presente litigio.

El examen de la cuestión previa primeramente planteada requiere como no podía ser de otra manera, partir de las resoluciones judiciales ya dictadas, Auto de fecha 13/7/99 y Auto 1/10/99 y ser puestas en relación tanto con la alegaciones expuestas por la actora en sus escritos de interposición del recurso contencioso administrativo y de oposición al recurso de súplica en su día desestimado como con los contenidos por la demandada Fundación Semana Verde de Galicia y la Administración autonómica en sus escritos de contestación a la demanda y conclusiones, sin perjuicio atendido el momento procesal en que nos hallamos de examinar las mismas a la luz de la prueba practicada y de la documentación remitida tanto por la actora como por la Fundación Semana Verde de Galicia, que resulta interesante destacar, no existía, por no hallarse incorporados al procedimiento en el momento de dictarse los dos Autos antes mencionados, y por tanto en dicho momento no pudieron ser tenidos en cuenta, al contrario que en la presente resolución, habiendo en definitiva, a juicio de este Tribunal, resultado lo siguiente:

1) Son numerosas las sts. de nuestro T.S. que declaran de modo claro y preciso la presencia subjetiva de la Administración como requisito "sine qua non" de todo contrato administrativo (por todas, STS 11/11/74 y 3/03/89), requisito éste, cuya virtualidad y trascendencia no parece necesario entrar a examinar toda vez que no ha sido puesto en duda, ni por la parte actora en su escrito de interposición como en el de oposición al recurso de súplica como en el de demanda como en el de conclusiones, atribuyendo siempre y en todo momento a la Fundación Semana Verde de Galicia la condición de ente público y en definitiva de Administración a los efectos de otorgar naturaleza administrativa a la relación que la unió con dicha codemandada. Lo mismo sucede con las codemandadas personadas

que en ningún momento han dejado de insistir en la necesaria presencia de dicho requisito, que sin embargo consideran al contrario que la actora y que este Tribunal en sus primeras resoluciones, no cabe atribuir a la entidad Fundación Semana Verde de Galicia.

Como primera consecuencia pues, parece resultar necesario por tanto, analizar a fondo la naturaleza de dicha entidad, y ello a la vista de la prueba practicada y de la documentación obrante en autos, que como ya hemos señalado no obraba en poder del Tribunal cuando éste rumió inicialmente la competencia.

2) La entidad Fundación Semana Verde de Galicia, es una entidad regida a nivel estatal por la Ley 30/94 cuyo art. 1º. ap. 1º define las fundaciones del siguiente modo:

“Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, mientras que el ap. 2º de su art. 3 afirma que “sólo las Entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación”, por tanto la entidad demandada Fundación Semana Verde de Galicia necesariamente se ha de ajustar en su organización y funcionamiento a las prescripciones de la Ley estatal para tener la clasificación de fundación.

En consecuencia, como toda fundación sujeta a dicha Ley, para tener dicha condición, su calificación de tal depende entre otros requisitos esenciales de que persiga fines de interés general, de donde resulta a este Tribunal que dicho criterio (la persecución del interés general) deja de ser esencial u orientativo a los efectos de poder definir la naturaleza pública o privada de la Fundación Semana Verde de Galicia, toda vez que este principio o criterio acontecerá siempre que nos hallemos ante un ente cuya naturaleza sea fundacional, y por tanto deviene estéril dicho criterio impuesto por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas citado por la actora y la posterior a la misma, cuando de fundaciones se trata, para conocer si tras ella se encuentra o no una Administración, es decir un ente público a los efectos requeridos por la ley y la Jurisprudencia antes citada que la informa. Al hilo de lo expuesto parece oportuno recordar la consideración de cualquier ente de naturaleza fundacional, como una persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general, y que nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes y que posteriormente examinaremos, pero que ya adelantamos, prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la misma y la recta administración de los bienes que la forman. En definitiva no cabe atribuir a una fundación sin más, la condición de Administración a los efectos que aquí interesan y se están analizando.

3) Ahondando en lo anterior, resulta indudable la presencia de importantes normas de derecho civil en el régimen jurídico de las fundaciones. Normas que afectan, de una parte y en todo caso, al domicilio de las fundaciones, a los requisitos exigidos a las fundaciones extranjeras y a la eficacia del Registro de Fundaciones; y, de otra, a materias como las que se refieren a los requisitos de capacidad, la escritura de constitución, la adquisición, de personalidad jurídica, los Estatutos y su modificación, las obligaciones básicas del Patronato, la responsabilidad de los patronos, su cese y suspensión, y la legitimación del Protectorado para solicitar la intervención del Juez de primera instancia cuando concurren los supuestos legalmente previstos en la Ley (art. 34.3 ley estatal), disponiendo el art. 6 de la

Ley estatal 30/94 tal como resaltan en sus escritos las demandadas que “Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas ... las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”, no desvirtuando pues su naturaleza, la condición pública o privada de su fundador, según resulta de la citada ley estatal que como bien se comprueba no hace distingo alguno.

4) El antes citado art. 1º de la Ley 30/94 en su apartado segundo dispone que “Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la presente Ley”, por lo que otro de los estigmas que marcan a una fundación como es la Fundación Semana Verde de Galicia, es el destino dado a la misma en cuanto la norma dispone que se ha de regir por la voluntad de su fundador (no la voluntad de ninguno de sus Patronos o entes de quien se pretende sea satélite) siendo por tanto principal en la solución del problema, conocer de un lado su constitución o y de otro su estatutos.

En su día, fue aportado por ambas partes la escritura de constitución de la Fundación Semana Verde de Galicia, resultando de ella que en su constitución intervinieron a través de sus respectivos representantes: Xunta de Galicia, Diputación provincial, Asociación Ferial Semana Verde de Galicia y Cámara de Comercio, industria y navegación de Pontevedra, todas ellas entidades de derecho público excepto (frente a lo manifestado por el actor en su día), la Asociación Ferial Semana Verde de Galicia, asociación privada que venía desarrollando desde catorce años antes los mismos fines que a partir de su constitución al menos de modo esencial, siguió conduciendo la nueva fundación, no constando en autos su disolución o extinción o fusión con la fundación así creada.

Resultan llamativas a la Sala, las aportaciones realizadas por dos de los fundadores: por un lado la Xunta de Galicia que se compromete a aportar (solo inicialmente, no con carácter periódico) 5.672.036.880 ptas con cargo a diversos ejercicios presupuestarios (si bien se prevé que de dicha cifra se deberán deducir las sumas que se entreguen en concepto de aportaciones) y a la que se le otorga como destino concreto la de financiar el plan de infraestructuras de la nueva fundación, y de otro la aportación llevada a cabo por la Asociación Ferial Semana Verde de Galicia que aporta todo su patrimonio inmueble, constituido por los terrenos edificaciones e instalaciones en el recinto ferias de Silleda, que no aparecen valoradas en ese momento.

Asimismo resulta de dicha escritura de constitución que quien ostentaba la condición de presidente en dicha fecha de la Asociación Ferial de Galicia, adquirió según resulta de la documentación obrante en autos la condición de presidente ejecutivo de la Fundación Semana Verde de Galicia, que es quien de hecho en la documentación aportada por la actora aparece como interlocutor con ésta, lo que permite tener una idea de la importancia o entidad o si se prefiere relevancia de dicha asociación privada en la nueva fundación superior, a la de los entes públicos con los que concurrió a la creación de la fundación, a lo que no cabe desconocer se une la participación de distintas Administraciones, independientes entre si desde el punto de vista organizativo, funcional, competencial presupuestario, siendo por tanto dichas circunstancias o indicios las que impiden a este Tribunal entre otros que se verán o se han visto, considerar que la Fundación Semana Verde de Galicia no es una entidad de derecho público sin más, dependiente, subordinado o sometido a otras Administraciones, ni siquiera de la Xunta de Galicia.

De otro lado, el examen de los estatutos de la Fundación, pone de manifiesto: 1) En su art. 10 se establece que el Patronato de la misma está integrado por hasta cinco miembros de la Asociación Ferial, cuatro de la Xunta de Galicia, y uno por cada uno de las restantes entidades fundadoras, de

donde parece resultar que el peso, influencia o núcleo decisorio de la Fundación gravita en torno a su único y por otro lado fundador privado, a lo que se puede añadir que se aprecia una identidad de denominación y de persona ocupando el puesto en principio de máxima relevancia a los efectos que aquí interesan, entre el fundador privado y la fundación que se extiende a los fines que ambos persiguen y que luego se verán.

2) El art. 7 declara que el Patronato es soberano en el cumplimiento de su misión, sin perjuicio de que el Protectorado ejerza las facultades que las leyes le atribuyen sobre las fundaciones privadas, de donde parece resultar de un lado una autonomía del Patronato sobre el Protectorado, coherente con el dispuesto legalmente en la ley estatal y en la ley gallega, y de otro la naturaleza eminentemente privada que los fundadores atribuyen a la Fundación, cuando en dicho carácter así la clasifican. 3) El art. 9 de los estatutos viene de modo palpable a acentuar el carácter antiformalista en el hacer del órgano de gobierno de la Fundación, el Patronato (art. 6 estatutos) hasta el punto que establece que no se requerirá el cumplimiento de formalidad alguna en la realización de actos de disposición, administración, etc, más que los que las leyes exijan, lo que no puede dejar de reconocerse, se aviene mal con una entidad cuya naturaleza pública se pretende declarar.

4) El Presidente de la Xunta de Galicia no tiene función ejecutiva alguna, como ningún órgano de ninguna Administración cuya participación en la Fundación se limita a las propias del protectorado como luego se verá, teniendo aquél encomendado únicamente la representación honorífica, que no ejecutiva insistimos, de la Fundación, según dispone el art. 12.

De todo lo anterior no cabe sino al menos dudarse de la naturaleza pública atendido el lugar del que parece que procede el núcleo decisorio en la formación de voluntad de la Fundación, que el actor primero y posteriormente este Tribunal asignó a la Fundación Semana Verde de Galicia.

5) Siendo un contrato de obras y de proyectos el vínculo que ligó a las partes en su día y de cuyos efectos surgió el conflicto, parece oportuno analizar la naturaleza, funciones y efectos de los actos del órgano que llevó cabo en nombre de la Fundación Semana Verde de Galicia el mismo, y así:

-No parece desaconsejable en primer lugar, traer aquí el punto 5 del acta de la reunión del patronato del día 16/3/92 en el que se manifiesta:

“El Patronato procede al examen de los informes emitidos por las dos comisiones constituidas al efecto y a la vista de los mismos, tras amplia deliberación, ACUERDA ADJUDICAR el Concurso de Proyecto y Obra del Nuevo Recinto Ferial de Silleda a la Unión Temporal de Empresas constituida por las empresas F.O.C.,S.A. y C.C.,S.A., por la oferta económica básica presentada de (4.816.844.757 ptas.).

Dicha Unión Temporal de Empresas presentó el Proyecto bajo el lema REFESILLEDADA. Acto seguido, por orden del Excmo.Sr. Presidente, hacen acto de presencia en la sala, los representantes de las empresas participantes en el concurso, así como los representantes de los medios de comunicación, y en presencia de todos ellos el Secretario General Letrado da lectura al acuerdo del Patronato por el que se adjudica provisionalmente la obra a las empresas en Unión Temporal F.O.C.,S.A. y C.C.,S.A. haciéndose así público dicho acuerdo.”

-Según resulta tanto de la legislación aplicable (como de los propios estatutos de la Fundación), la ley estatal 30/94 dispone que en toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, correspondiendo al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo

plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos, mientras que en su art. 17 destinado a composición, administración y disposición del patrimonio dispone que la administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, mientras que por su parte la Ley 11/91, de 8/11, de reforma de la Ley 7/83, de 22/6, de régimen de las Fundaciones de Interés Gallego prevé en el apartado primero de su artículo primero que “La presente Ley será de aplicación a las fundaciones de interés gallego, entendiéndose por tales aquellas que, estando domiciliadas o desarrollando principalmente sus funciones en Galicia, estén constituidas por personas naturales o jurídicas que destinen o afecten un patrimonio a la realización sin ánimo de lucro de fines de interés general en beneficio de personas no determinadas individualmente”, estando la Fundación Semana Verde de Galicia entre las que tienen dicha condición y previendo en su apartado segundo el citado artículo que “ La Xunta de Galicia asumirá la función de protectorado de las fundaciones referidas en el apartado anterior y ejercerá las facultades que garanticen el cumplimiento de la voluntad de los fundadores y las que, a tales efectos, esta Ley establece”. no habiendo sido el Protectorado, órgano de vigilancia de la fundación y cuyos actos sí son recurribles en vía administrativa (Art. 35 “Los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”) quien llevó a cabo la adjudicación del contrato sino, como no podía ser de otro modo, el Patronato órgano respecto del cual ninguna de las normas ya estatales ya autonómicas ya sus estatutos se prevé la sumisión de sus actos a la vía jurisdiccional contenciosa administrativa, no desvirtuando dicha afirmación la función de vigilancia pasiva que ejerce la Xunta de Galicia a quien le está encomendado el Protectorado tal como resulta del D. 248/92, de 18/6, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de Interés Gallego cuyo art. 30 establece que el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones de interés gallego, se realizará gratuitamente por la Xunta de Galicia, y tendrá por objeto asegurar y controlar el cumplimiento de la voluntad de los fundadores, así como el de las normas aplicables, tanto en su constitución como en su funcionamiento señalando que sobre las fundaciones ya clasificadas de interés gallego, además de los cometidos indicados en el art. 22 de la ley, el Protectorado vigilará la adaptación de sus estatutos a las disposiciones de la ley y el reglamento, y resolverá las consultas que sobre cuestiones propias de su competencia le formulen los patronos de la fundación y decimos pasiva atendiendo a que a dicho órgano no parece estarle encomendada función alguna ni en la adjudicación ni en la celebración ni en la ejecución del contrato celebrado, tal como resulta de la ausencia total de participación, y que se pone de manifiesto en el acto de adjudicación del contrato, acto éste al que no cabe otorgarle, a la luz de lo arriba expuesto la consideración de administrativo, y acto éste del que no resulta ni ha sido acreditado ni siquiera alegado haya sido adoptado a fin de cumplir la voluntad de Administración alguna que se ocultaría tras la misma, sino que tanto su apariencia como su contenido nos revelan que es fruto de la voluntad de los miembros del Patronato lisa y llanamente.

-Dispone art. 18 D. 248/92, de 18/6, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones de Interés Gallego, que en materia de adquisición de bienes y reparaciones extraordinarias el Patronato podrá realizar la adquisición de bienes tanto a título oneroso como gratuito, sin otras limitaciones que las establecidas en la ley y en los estatutos, precisándose en el texto legal que sólo será necesaria la autorización del Protectorado para la inversión en obras extraordinarias de conservación y reparación de los inmuebles de la fundación, considerándose como tales aquellas cuyo coste exceda del 10% del valor del activo de la fundación, no

habiéndose acreditado ni constando este extremo, por lo que en principio no parece a la vista de la documentación obrante en autos, como tampoco del propio acuerdo de adjudicación en el que no se hace referencia, haber solicitado autorización alguna tal como dispone el art. 23, que por lo demás somete en su caso la misma a un sistema de silencio positivo.

6) Este Tribunal ha considerado a la luz de las consideraciones y datos de hecho arriba expuestos que la naturaleza de la entidad Fundación Semana Verde de Galicia no es administrativa o pública sin perjuicio de que se trate de una fundación y de la naturaleza pública derivada del carácter general de los fines que persigue, de la composición de su patronato y de quien ostenta su Protectorado con las matizaciones que se han señalado no dejando de ser relevante por último las dos siguientes consideraciones :

-La Fundación Semana Verde de Galicia, constituida el 16/3/91, tiene como fines “la promoción de actividades agropecuarias, agroindustriales, alimentarias, comerciales, sociales, educativas, de ocio y cualesquiera otras cuyo objeto sea la promoción y el desarrollo de estos sectores en Galicia, el nivel profesional del sector agrario, su nivel cultural y en general la elevación de la calidad de vida y del nivel socioeconómico, llevando a cabo las siguientes actividades: Apoyo a los objetivos y actuaciones de la asociación ferias Semana Verde de Galicia, Promoción de estructuras comerciales y patrocinio de ferias sectoriales, exposición y lonjas de contratación, Formación profesional de las gentes del campo y de todos los sectores con él relacionados, Patrocinio del certamen anual Semana Verde de Galicia, fines y actividades que de un lado tal como arriba manifestábamos resultan concurrentes al menos en esencia con los de la Asociación privada Ferial Semana Verde de Galicia según resulta de la memoria explicativa, y de otro no parecen alejados ontológicamente de los fines que pueda cualquier otra fundación, sin que de los mismos se permita deducir que nos hallamos ante una ente de naturaleza administrativa o pública a los efectos que aquí se estudian, es decir sin que sea factible la aplicación de aquella doctrina que propugna que el criterio subjetivo del ente debe ceder ante el criterio objetivo del fin al que dedica su actividad, por cuanto la misma tal como se ha señalado y a continuación inmediata se analiza no tiene ese relevante fin público que permitiría hacer aplicar dicha doctrina constitucional.

-La Fundación Semana Verde de Galicia está clasificada como benéfico-privada, y declarada de interés gallego, por órdenes de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública. Dicha clasificación que tuvo lugar el 19/7/91, se hizo a propuesta de los organos técnicos correspondientes de la Xunta de Galicia, sin que pueda explicarse que pueda tener otra trascendencia dicha clasificación, que la de no sujetar sus actos al derecho administrativo salvo los que procedan de su protectorado y la de no otorgar una naturaleza pública a la organización en que se sustenta, siendo una vez clasificada lo que permitió su inscripción en el registro y asentándose dicha inscripción consecuentemente en la validez de su clasificación como benéfico privada, lo que entendemos no puede dejar de tenerse en cuenta, y sin que asimismo desmerezca a los efectos que así se estudian, tal como se apunta por la demandada, la declaración de interés social que no de utilidad pública de la misma.

-Parece suficientemente acreditado que el fin esencial de la Fundación Semana Verde de Galicia se halla en la celebración del certamen ferias de Silleda, no cabiendo desconocer que nos hallamos ante una actividad que parece esencialmente mercantil, o al menos ante una actividad directa o inmediatamente fronteriza con la misma tal como resulta de la Ley 10/88, de 20/7, de ordenación del Comercio Interior de Galicia que al regular los certámenes feriales en su art. 34, afirma que “se

considerarán certámenes feriales o ferias comerciales aquellas manifestaciones de carácter comercial que se realicen en Galicia, de forma periódica, cuyo objeto sea la exposición de bienes y servicios por parte de productores, comerciantes o artesanos, y en las cuales no se realicen ventas directas con retirada de mercancía del recinto ferial. En casos especiales y en virtud de la característica de la oferta exhibida, se podrá practicar la venta directa con retirada de mercancía, previa autorización de la Consellería de Industria, Comercio y Turismo”, es decir no solo tiene por objeto su principal actividad proporcionar medios materiales y facilitar la exposición de bienes y productos y por tanto una actividad que al menos ha de ser calificada como de promoción directa e inmediata de actividades de naturaleza mercantil sino que aún bajo un régimen de autorización administrativa previo (que no corresponde a la fundación lo que realiza su condición de ente privado sino ante un órgano autonómico como es una consejería) se podrán realizar compraventas con retirada de mercancías, actividad ésta cuya naturaleza mercantil entendemos que no cabe ser discutida, y que de algún modo permite entender que no concurre en la Fundación Semana Verde de Galicia, otro de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal Superior de las Comunidades Europeas, y que permite a su vez reafirmamos en la falta de carácter de ente público a los efectos que aquí interesan atendido los fines que se persiguen por la fundación.

7) De la prueba practicada, especialmente de la documentación obrante en autos, examinada como ha transcurrido la ejecución del contrato y sus diversas vicisitudes, este Tribunal aprecia que incluso las partes, las que suscribieron el contrato tuvieron dudas sobre su verdadera naturaleza desde su nacimiento e incluso antes, como resulta de los siguientes datos de hecho:

-En la memoria explicativa, cuyo conocimiento no puede negar la parte actora, se aprecia en el f. 5, que la Fundación manifiesta la posibilidad que tiene “para proceder a contratar directamente las obras”, si bien “ha preferido en merito a una mayor transparencia administrativa y a la búsqueda de un mayor enriquecimiento en las ideas, recurrir al concurso publico para la realización de un nuevo proyecto y adjudicación de la obra”.

-No se aprecia de las diversas reuniones mantenidas entre el Presidente ejecutivo de la Fundación, Sr. Maril Sánchez y los responsables de la ejecución del contrato de la actora, que la Fundación dirigiese la obra ni controlase su ejecución, tal como se observa de las manifestaciones realizadas en dichas reuniones por el Presidente ejecutivo de la Fundación, y ello frente a lo dispuesto en la ley de contratos de 1965 en dicha materia, desprendiéndose de la documentación aportada por la actora que dichas reuniones, en las que por otra parte no se adoptaban acuerdos formales ni se imponían, sino que se cambiaban impresiones, se adoptaban modificaciones sobre la marcha, siempre de mutuo acuerdo, tuvieron un carácter eminentemente informal, que no parece ajustarse a la regulación contenida en la Ley de contratos de 1965, y que en definitiva vienen a ser una demostración de que entre las partes disponían de total autonomía de voluntad con respecto a la citada Ley para modificar o alterar cualesquiera aspectos del contrato, lo que parece desprenderse de los escritos enviados por la actora a la Fundación de fecha 27/6/95 o en el de 12/5 de ese mismo año o especialmente el de 14/4/95, no resultando lo contrario de los acuerdos formalmente alcanzados en Silleda el día 25/9/92 (en el que a través de seis clausuras se introducen modificaciones esenciales en relación al contrato celebrado) o en Silleda el día 3/11/92, no siendo dichas modificaciones y acuerdos contrario al espíritu que se desprende del pliego de clausuras administrativas particulares. Es decir no se aprecia la existencia en la Fundación de un poder de dirección y control, que como ambas partes conocen se traduce en la

posibilidad de dar ordenes e instrucciones al contratista ordenes ejecutorias que el empresario o contratista ha de cumplir bajo amenaza de sanción.

-En el pliego de clausuras administrativa particulares, clausura 2.3.4, se afirma de modo taxativo que el contrato es ley entre las partes y que en lo no previsto en las mismas será de aplicación la ley de 8/4/65, lo que no deja de ser una manifestación de que el contrato celebrado no tenía porque estar sometido a dicha ley, sino que las partes se acogían a ella de modo supletorio y voluntario.

-Entendemos que la Ley de 8/4/65 y la jurisprudencia aplicable incluida la más reciente, no otorga ni siquiera en una interpretación flexible, la condición de recepción provisional a la inauguración de unas obras cuyo ámbito discute una de ellas e incluir como parte de las mismas, obras que no consta en ningún documento fueran parte del primitivo proyecto o de sus modificaciones y que no guardan relación directa con las mismas que el actor denomina provisionales, lo cual no significa que no se llevaran a cabo o no se entregaran sino que no entendemos que se les puedan atribuir la condición de parte de un contrato que se pretende calificar de administrativo, a los solos efectos de determinar el orden jurisdiccional encargado de su conocimiento que es de lo que aquí se trata. En cualquier caso las circunstancias anotadas, lo que ponen de manifiesto a la Sala es que la actora niega a la Fundación uno de los clásicos privilegios de que disfruta la Administración en el marco de la contratación administrativa, cual es el ius variandi contractual, que implica que si realmente fuera la fundación una Administración, ésta tendría la posibilidad de imponer coactivamente y de forma unilateral (aunque sea de modo restrictivo y fundado en el interes público) modificaciones en las prestaciones del contrato, mientras que la actora basa todas las modificaciones habidas en el principio de consentimiento entre ambas o en que las introducidas por ella han sido aceptadas por la fundación, lo que se aviene mal con el principio expuesto.

Acordado por este Tribunal inicialmente el levantamiento del velo, lo que ha permitido un conocimiento completo tanto de naturaleza de la Fundación Semana Verde de Galicia como de la: relación contractual que unió a la misma con la actora de la que trae causa este pleito, ha resultado entre otras consideraciones, que la Fundación Semana Verde de Galicia es ajena a cualquier otra Administración autonómica, provincial, municipal o corporativa, entendiendo que a través de dicha Fundación no se ha creado una situación aparente, a través de la cual se persigan los fines propios de alguna de las Administraciones que junto con la Asociación Ferial fundó aquella y actúan ahora como patronos, sino que ha resultado que sus fines son concurrentes con ésta última, asociación privada que lleva dedicándose a la promoción a través del certamen ferias de Silleda desde hace tiempo, entendiendo esta Sala con la Jurisprudencia aplicable (STS 31/7/92) que no cabe distinguir en la Fundación Semana Verde de Galicia entre un plano ficticio y otro real, y no obediendo la personalidad diferenciada de la Fundación Semana Verde de Galicia a circunstancias formales al menos por lo que respecta a las Administraciones públicas antes referenciadas, si bien no cabe decir lo mismo respecto de la Asociación Ferial Semana Verde de Galicia, atendidas las consideraciones y circunstancias arriba apuntadas como: la misma persona ocupa el puesto de máxima relevancia ejecutiva, identidad de denominación así, como de fines, y que no viene de un lado sino a confirmar la falta de naturaleza pública (a los efectos aquí estudiados) en la Fundación y de otro que ésta, la Asociación Ferial Semana Verde de Galicia no puede en su caso quedar exenta de las obligaciones asumidas por la Fundación Semana Verde de Galicia.

Asimismo entendemos, de las consideraciones arriba expuestas que la personalidad del Patronato no es meramente operativo e instrumental, y ello observado que sus miembros provienen de Administraciones públicas diferenciadas e independientes entre si, que el grupo más numeroso de miembros procede de la citada asociación privada o que el presidente ejecutivo lo es de la única entidad privada fundadora, y si bien no cabe desconocer la importante aportación presupuestaria (no se olvide que es de carácter inicial) de la Xunta destinada precisamente a infraestructuras, no cabe tampoco desconocer las otras participaciones y aportaciones llevadas a cabo por los demás fundadores, como tampoco puede dejar de aludirse a la falta de prueba del origen de sus fondos y de la proporción pública de los mismos (STS 20/2/95), y que nos obligan a afirmar que hasta donde se ha puesto en conocimiento de este Tribunal, que no estamos simplemente ante una personificación jurídica independiente ante la gestión de un servicio público (no lo es la promoción de actividades netamente mercantiles en las que incluso tiene o puede haber lugar como arriba hemos visto la compraventa de mercancías). Es decir, no estamos ante una alternativa organizadora que alguna de las Administraciones fundadoras y Patronos utilice como instrumento de su potestad organizadora, ni siquiera de la Xunta de Galicia de quien debe recordarse que ejerce el Protectorado como respecto de toda fundación declarada de interes gallego y dispone de menos miembros en el protectorado que el miembro fundador privado entre otras consideraciones.

No cabe asimismo, insistimos, dejar de tener en cuenta la naturaleza directa o indirectamente mercantil actividad desarrollada por la Fundación, concurrencias con la llevada a cabo por el fundador privado durante muchos años y por tanto llevada a cabo de modo y manera privada durante años, y que no tiene por objeto en cualquier caso un servicio público esencial que afecte a todos los ciudadanos (STS 22/10/94), todo lo cual impide entender a esta Sala que la Fundación Semana Verde de "icia sea una prolongación de la actividad ni de la Xunta de Galicia, ni del Ayuntamiento de Silleda, ni de la Diputación provincial de Pontevedra ni de la Camara de comercio industria y navegación de Pontevedra sino en todo caso de la entidad privada Asociación Ferial Semana Verde de Galicia, entendiendo que no se aprecia y de hecho no se denuncia siquiera por la parte actora que la existencia de la Fundación Semana Verde de Galicia responda a la presencia de mala fe o proposito defraudatorio alguno de ninguna de las Administraciones públicas que intervinieron en su creación, tal como se sostiene jurisprudencialmente (STS 31/12/93) para hablar de fraude o huida del derecho administrativo, sin perjuicio por otra parte de reconocer la compleja y cambiante relación contractual que liga a las partes.

En consecuencia con lo anterior resulta obligado como más ajustado a derecho dejar sin efecto el levantamiento del velo acordado por Auto de 13/7/99, no habiendo lugar a imputar directamente a ninguna de las Administraciones en su creación la deuda reclamada por la parte actora como consecuencia del contrato celebrado entre la actora y la Fundación Semana Verde de Galicia el día 25/9/92 y sus posteriores modificaciones, todo ello sin perjuicio de lo que resulte en la aplicación de las normas civiles que en su caso corresponda aplicar al respecto, y de aquellas por las que se rige la Fundación Semana Verde de Galicia ya examinadas tanto de ámbito estatal como autonómico.

Habiéndose apreciado por la Sala en este momento procesal falta de jurisdicción para conocer del conflicto surgido entre las partes, y conforme dispone la doctrina constitucional existente (STS 22/85) sobre el art. 82 a) de la antigua Ley Jurisdiccional aplicable al caso de autos, en conexión con la existente en tomo al artículo 8.3 del mismo cuerpo legal, y atendido de un lado que fue por medio de Auto

por el que se atrajo la competencia sobre este pleito inicialmente y de otro las mayores que en ningún caso menores garantías ofrece la resolución en modo de S., como asimismo que el momento procesal actual es aquel en el que corresponde dictar sentencia, y a fin de que como dispone el TC así como el TS y con la finalidad de acelerar el conocimiento del asunto por el órgano competente (STS 12/11/81, 9/2/84), procede por esta Sala al apreciar falta de jurisdicción para conocer del asunto, acordando una vez firme la presente resolución, el envío inmediato de los autos al órgano competente de la jurisdicción civil.