

El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público

Robert P. Cortell Giner

Letrado jefe de la Sindicatura de Comptes
de la Comunitat Valenciana

Public subsidies are one of the ways of action characteristic of public administrations and they mean the practice of an administrative authority. Consequently, their granting and legal basis must be a concern of administrative law. In this work it is defended that public administration cannot grant subsidies by means of its agencies, thus escaping from administrative law and becoming subject to private law. If this possibility were accepted, most of the efficiency of the General Law on Subsidies would be much lower than expected.

If a public company or a public sector foundation makes a payment from public funds without return for service rendered, in order to foster activities of public or social interest or promote public objectives, this public sector body is behaving inappropriately as an official authority.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Para delimitar el concepto de subvención que se recoge en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), es preciso hacer previamente unas reflexiones en torno a nociones y principios básicos del Derecho administrativo que nos servirán después para clarificar las cuestiones más dudosas que aquel plantea.

Para Boquera Oliver, el poder administrativo «es la facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y

eficacia descansa en la presunción *iuris tantum* de que son conformes con el ordenamiento jurídico». Para este autor «el poder administrativo se diversifica en potestades o clases de poder administrativo», y a este respecto distingue diversos tipos de potestades, como son la reglamentaria, la de policía, la expropiatoria y, finalmente, la de fomento, que se caracteriza porque otorga derechos, elimina o dispensa de obligaciones.

Lo que tiene de peculiar la potestad de fomento es que, en vez de constituir un gravamen, favorece al destinatario de su ejercicio.

Dada la naturaleza ampliatoria de los efectos que se derivan del ejercicio de la potestad de fomento, *a priori* puede causar una cierta perplejidad que se la englobe dentro de la categoría de las potestades administrativas. Sin embargo, no deberían existir dudas a este respecto, pues la actividad distributiva de fondos públicos gratuitamente «no deja de ser en realidad actividad del poder público que, por ello mismo, no puede o no debe llevarse a cabo sino con sumisión a las reglas de igualdad, pública concurrencia y objetividad que el Estado de Derecho impone» (Martínez López-Muñiz). Cuando una Administración Pública ejerce la potestad de fomento se comporta como un poder público porque, «pese a tratarse de medidas consistentes en estímulos positivos de carácter voluntario, en cualquier caso estas medidas deben tener cobertura legal previa que habilite expresamente a la Administración, dado que inciden de forma clara en los derechos de libertad de empresa y de igualdad, de lo que se deriva ya su sometimiento al principio de legalidad» (Gimeno Feliu).

Dentro de la potestad de fomento se destaca la potestad subvencional, que hace referencia de una manera específica a la técnica de fomento más característica: la subvención.

Para precisar el concepto de subvención pública resulta esencial tener en cuenta que la actividad desplegada por la Administración para su otorgamiento supone el ejercicio de una potestad administrativa. Es decir, que el ordenamiento jurídico la reconoce como propia de la Administración y la somete al Derecho administrativo. Esto es tanto como decir que necesariamente las Administraciones Públicas deberán emplear su capacidad público-administrativa cuando otorguen subvenciones y nunca podrán recurrir a su capacidad privada para ejecutar el gasto público mediante el otorgamiento de subvenciones, pues nos hallamos ante el ejercicio del poder público y dicho ejercicio debe sujetarse al Derecho administrativo, que es la rama del ordenamiento jurídico reguladora de las prerrogativas de la Administración en equilibrio con los derechos y garantías de los

ciudadanos. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, «se han de aplicar las instituciones propias del Derecho administrativo en los casos en que la Administración Pública realiza una *función típica*, es decir, una actividad propiamente administrativa».

La sujeción al principio de legalidad de la potestad subvencional plantea dos problemas fundamentales. En primer lugar, debe dilucidarse el tema relativo a la vinculación positiva de la potestad subvencional al principio de legalidad. En segundo lugar, cabe resolver la cuestión relativa a qué posibilidades tienen las Administraciones Públicas de eludir la plena sujeción a dicho principio derivando hacia sus entes instrumentales de Derecho privado el otorgamiento de subvenciones.

En cuanto a la primera cuestión planteada, es de notar que se suscitan algunas dudas doctrinales acerca del tipo de cobertura legal que debe existir para que la Administración pueda sentirse investida de la potestad subvencional, pues es sabido que el principio de legalidad no se limita a fijar los límites y los cauces de la actividad administrativa, sino que debe atribuir a las distintas Administraciones Públicas las potestades necesarias para que se satisfagan los fines públicos que aquel les encomienda (vinculación positiva). Así, como señala Boquera Oliver, el ordenamiento jurídico «fija, o debe fijar, los fines de interés público. Igualmente aquel confiere a determinados sujetos el poder administrativo para que satisfagan dicho fines. Al poner en relación o conexión los fines públicos con el poder administrativo otorgado a cada Administración Pública, el ordenamiento jurídico crea una relación o función entre los fines de interés público y los titulares de poder administrativo que se denomina competencia».

Aunque se admita, con carácter general, la existencia de una vinculación positiva de la Administración a la legalidad, que comporta la exigencia de una atribución legal previa de potestad para que pueda actuar, no deben ignorarse las peculiaridades que concurren en la potestad subvencional, pues –como hemos visto– el ejercicio de esta comporta la emisión de actos ampliatorios de la posición jurídica de sus destinatarios. Así, respecto de este tipo de actos, García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que «no necesitan respecto del súbdito una cobertura legal superior, sin perjuicio de que con frecuencia las reglas de garantía del gasto público, o de igualdad ante la Ley, o de otro carácter, puedan imponerla para condicionar estrictamente su emisión». En esta línea, Pascual García apunta que «en último extremo el debate se centra en valorar si la actividad subvencional es de suyo una actividad limitativa o ablativa, lo que llevaría a considerarla comprendida en la reserva del artículo 53 de la Consti-

tución, o si es ampliatoria de la esfera de actuación de los ciudadanos, lo que la situaría fuera. Y entendemos que estamos en el segundo caso». Añade este último autor que «al legislador corresponde ciertamente establecer un régimen jurídico general e implantar controles para que las ayudas públicas no afecten a la unidad del mercado nacional, constitucionalmente garantizada, ni a los derechos y libertades fundamentales; pero la inexistencia de dicho régimen no dispensa a la Administración de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución) ni puede servir de coartada a la inactividad o paralización del ejercicio de la potestad reglamentaria en orden al establecimiento de tales subvenciones para fines de utilidad pública o interés social, sin perjuicio de que haya de respetarse el umbral marcado por la Constitución. Es más, al día de hoy, no puede decirse que dicho régimen sea inexistente, pues en gran medida viene establecido por el Derecho comunitario de la competencia y, en parte, por el Derecho interno, cuya específica concreción en el ámbito subvencional es el citado artículo 8.2 LGS».

En materia de subvenciones cabe admitir, pues, que una vez atribuida por la legislación aplicable a una entidad la satisfacción de determinados intereses públicos, que delimitan su capacidad jurídica de Derecho público, existirá una habilitación legal implícita para ejercer la potestad subvencional en beneficio de dichos intereses y dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Esto es tanto como reconocer que dicha potestad tiene una configuración jurídica un tanto distinta al resto de potestades, pues su atribución se entiende inherente a la definición por el ordenamiento jurídico de los fines públicos a satisfacer por las diferentes entidades públicas. Sobre este particular, De la Cuétara observa cómo «todo ordenamiento escrito está obligado a admitir un cierto grado de imprecisión en sus determinaciones; el Derecho administrativo, por la cantidad de normas que produce, es capaz de alcanzar elevados grados de imprecisión que, no obstante, no deben provocar la paralización de la Administración. La cuestión es entonces: ¿qué ocurre cuando los hechos de apoyo de las potestades existen, pero no están expresamente formalizados?». Y más adelante concluye que «actúa de título justificativo de las potestades, en primer lugar, un fin asumido por el Estado a través de su voluntad colectiva debidamente formalizada en norma escrita y, en segundo lugar, unos hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce virtualidad suficiente a partir de su necesaria calificación, haya o no norma escrita que la realice concretamente».

El Tribunal Constitucional parece compartir las anteriores consideraciones doctrinales, pues ha declarado que el Estado está legiti-

mado para adoptar aquellas medidas de fomento que «se justifiquen por razón de sus atribuciones» (Sentencia de 20 de julio de 1988). Y en la Sentencia de 6 de febrero de 1992 aclara que «el poder de gasto o subvencional es siempre un poder instrumental que se ejerce *dentro*, y no *al margen*, del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece, y entre ellos el del respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los artículos 2, 137 y 156 de la Constitución».

La segunda cuestión antes planteada no es más que una particularización del fenómeno más amplio que se ha calificado acertadamente como «huida del Derecho administrativo». La Administración recurre a formas de personificación sujetas al Derecho privado para evitar el mayor rigor de la legislación administrativa que le es propia. Dada la amplitud de este fenómeno, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en ponerle límites. Así, Sala Arquer ha señalado que «no puede admitirse que la Administración, o el legislador, configuren arbitrariamente el estatuto jurídico de tal o cual ente u organismo, prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines que persigue». Entiende este autor que no deben desgajarse de la estructura orgánica general de la Administración aquellos elementos «que tienen como único o fundamental cometido el ejercicio de las funciones públicas o de autoridad». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1997, en relación con la inspección técnica de vehículos, señala que «participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado –en sentido amplio– por razón de su soberanía», sin perjuicio de que pueda resultar admisible la colaboración de la empresa privada en cuanto a la ejecución material.

Si la subvención constituye una manifestación del poder público administrativo es porque legalmente se considera necesario que su otorgamiento se lleve a cabo por una Administración Pública en ejercicio de su capacidad de Derecho público. Por consiguiente, la actividad subvencional hay que calificarla como una actividad administrativa típica que no puede regirse por el Derecho privado. Igual ocurre con las sanciones administrativas y con la expropiación forzosa.

Así como resulta inconcebible que una multa o la expropiación de una propiedad privada puedan imponerse con sujeción al Derecho privado, dado que suponen el ejercicio de funciones soberanas, en el caso de las subvenciones ocurre igual: su concesión no debe llevarse a cabo por entes instrumentales que actúen al margen del Derecho administrativo, pues se necesita la titularidad de poder público.

Ahora bien, mientras que en el caso de las sanciones y la expropiación nos encontramos ante la existencia de actos de gravamen para los particulares, que solo pueden darse en el ámbito del Derecho público, en el caso de las subvenciones su otorgamiento supone un beneficio y es sabido que el Derecho privado también admite las donaciones. Esta particularidad no debe hacernos pensar que las Administraciones Públicas, directamente o a través de sus entes instrumentales, pueden optar libremente entre acogerse al Derecho público o al Derecho privado a la hora de realizar entregas dinerarias, y que está en su mano decidir cuándo las mismas deben sujetarse al régimen propio de las subvenciones públicas.

Para refutar la anterior hipótesis cabe realizar las consideraciones siguientes:

1. Una subvención es una actividad administrativa típica que no puede confundirse con las entregas dinerarias sin contraprestación que se realicen para otras finalidades distintas, asimilables a las que son propias de los particulares, pues aquella se lleva a cabo con cargo a los fondos públicos para la satisfacción de los fines públicos que se atribuyen por el ordenamiento jurídico a la Administración, y esta doble circunstancia es determinante de su sometimiento al Derecho administrativo al tratarse de una prerrogativa que afecta a los derechos y libertades de los ciudadanos.

2. De la anterior conclusión se deduce que cuando el Derecho administrativo regula las subvenciones públicas lo hace a partir de unos principios y unas preocupaciones totalmente distintos a los que inspiran el régimen de las donaciones contenido en el Código Civil o las normas de funcionamiento de las empresas mercantiles propias de la legislación societaria.

3. En consecuencia, una Administración Pública no puede eludir la aplicación del Derecho administrativo trasladando a un ente instrumental suyo sometido al Derecho privado el ejercicio de dicha actividad, pues ello supondría un incumplimiento de la legislación que debe obligatoriamente aplicar. Si esto ocurre, al menos habrá que exigir la aplicación de las mismas normas que resultan aplicables a la Administración en materia de subvenciones para evitar el fraude de ley. Como señala Ortiz Mallol, «el fin o servicio no es propio del ente instrumental, sino del ente matriz. La titularidad del fin o servicio asignado al ente filial sigue perteneciendo al ente matriz, sobre quien recae la responsabilidad política de su organización y de su rendimiento». Y más adelante concluye que «las distintas formas de instrumentalizar originarán supuestos de desconcentración o de mandato»,

que no suponen la traslación de la titularidad de la competencia, sino tan solo el ejercicio de esta por el ente instrumental en su propio nombre (desconcentración) o en el de la Administración mandante (mandato jurídico-público). Pues bien, la desconcentración y el mandato solo pueden llevar aparejadas potestades administrativas y, por tanto, la posibilidad de conceder subvenciones, en el caso de que los entes instrumentales actúen con sujeción al Derecho administrativo, ya que dichas potestades no existen cuando se da un sometimiento al Derecho privado. Además, en el caso del mandato, no está permitido que por esta vía se eluda la aplicación de aquellas normas jurídico-administrativas que sean exigibles a la Administración matriz, pues el mandatario es un mero ejecutor de la voluntad del mandante y esa voluntad debe someterse a las normas preceptivas que le resultan aplicables.

4. Finalmente, cabe aludir a la posibilidad de que el ordenamiento jurídico por razones más o menos fundadas reconozca una «vía de escape». En estos casos, dado que esta solución atenta contra la coherencia del sistema, habrá que admitirla solo en la medida en que quede manifiestamente clara en la ley y respete la racionalidad que siempre hay que suponer al ordenamiento jurídico. Recientemente, en materia contractual, se ha introducido a nivel legislativo una novedad que se integra en la práctica que acabamos de describir, pues el artículo 4.1, letra n), de la Ley de Contratos del Sector Público ha permitido que la doctrina de los medios propios sea una vía válida para eludir la aplicación de normas preceptivas en materia de preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos. Así podrá ocurrir cuando una Administración Pública encargue a un ente instrumental sujeto al Derecho privado una prestación que este contrata luego con terceros, pues el contrato que celebre dicho ente será privado y las normas de preparación y adjudicación serán distintas a las del contrato administrativo. Asimismo se perderán los privilegios que se reconocen legalmente a la Administración en relación con los efectos y extinción. Y es que la doctrina de los medios propios se aplica por el legislador español sin imponer un mínimo de «medios materiales y personales» a las entidades que actúan como tales, con lo cual en muchas ocasiones habrán de contratar con terceros las prestaciones que son objeto del encargo. En mi opinión, la Ley de Contratos del Sector Público ha institucionalizado «un fraude de ley legal», lo que resulta una paradoja inadmisibles jurídicamente por contraria a la racionalidad. Habrá que ver cómo evoluciona la jurisprudencia ante este reto del legislador. Considero que una solución coherente con el sistema legal sería extender a los medios propios, por analogía, la aplicación de los límites establecidos en el artículo 24, apartados 2, 3 y 4, de la Ley de Contratos del Sector Público.

Una vez concluidas las consideraciones generales que al principio de este trabajo nos habíamos propuesto realizar, a continuación vamos a estudiar el concepto legal de subvención con el objeto de determinar si los aspectos apuntados han sido recogidos por el legislador.

II. CONCEPTO LEGAL DE SUBVENCIÓN: ELEMENTOS OBJETIVOS

La LGS, en su artículo 2, establece un concepto de subvención que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos objetivos:

1. Ha de tratarse de una disposición dineraria con cargo a los fondos públicos.

Aunque, con carácter general, se excluyen del concepto de subvención las aportaciones en especie, la disposición adicional quinta incluye excepcionalmente en el concepto las ayudas consistentes en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero. A estas últimas se les aplica la LGS con las especialidades previstas en el artículo 3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones.

Por lo demás, el otorgamiento de una subvención comporta la disposición de fondos públicos y, por tanto, resulta plenamente aplicable el artículo 133.4 de la Constitución: «Las Administraciones Públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.» Sobre esta norma, Orón Moral ha destacado que «debe ser la ley, como fuente del Derecho, la que contenga el régimen jurídico esencial del gasto público, tanto por lo que se refiere a las decisiones de gasto como a los procedimientos de gestión y control».

2. Dicha disposición dineraria debe realizarse sin contraprestación directa de los beneficiarios.

No hace la LGS ninguna referencia a aquellos supuestos en que puede existir por parte del beneficiario una contraprestación de valor inferior al importe de la subvención. Sin embargo, es una posibilidad que puede darse, en cuyo caso deberá considerarse aplicable la LGS.

Así ocurrirá, por ejemplo, con el contrato de patrocinio, que tiene carácter publicitario y es definido legalmente como aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica o cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador (art. 24 de la Ley General de Publicidad).

Lo primero que destaca de la anterior definición legal es que se califica como ayuda económica la prestación que efectúa el patrocinador. No obstante, en términos generales, cabe admitir la posibilidad de que la colaboración publicitaria en que consiste la contraprestación del patrocinado pueda en el mercado llegar a tener un valor económico equivalente a aquella. En estos casos, la ayuda vendría a confundirse con el precio de un contrato oneroso y nos encontraríamos ante un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que no se acredite que la ayuda estipulada se ha fijado atendiendo al precio general del mercado, para que sea equivalente al valor de la colaboración publicitaria recibida, existirá una disposición dineraria sin contraprestación, aunque sea parcialmente, y habrá que tramitar un expediente de subvención de acuerdo con la LGS. No hay que olvidar que no puede admitirse una contratación pública en la que se establezca un precio que no responda a una «correcta estimación» de la prestación convenida (art. 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público).

3. La entrega estará sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

No se pueden conceder subvenciones que respondan a la mera liberalidad, deben exigirse en todo caso unas cargas o condiciones a efectos de que el interés público que motiva su concesión se cumpla. Normalmente, el beneficiario deberá justificar los gastos realizados para acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. No obstante, las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el receptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en Derecho de dicha situación (art. 30 LGS).

Como señala Medina Guijarro, «cualquiera que sea la postura que adoptemos sobre la naturaleza jurídica de las subvenciones, lo cierto es que en todas ellas (tanto si se considera como *acto administrativo unilateral necesitado de aceptación* como si se trata de *una donación modal ob causam futurum*) subyace siempre el sustrato o la sustancia contractual, que implica cierto comportamiento recíproco tanto por parte de la Administración que subvenciona como por la persona o entidad subvencionada que queda plasmado en las bases reguladoras de la subvención. Así, el beneficiario, además de los deberes específicos que se establezcan, debe cumplir con las obligaciones que le impone

el artículo 81.4 del TRLGP. Por su parte, la Administración concedente carga con la obligación de controlar, por exigencias del interés público, que los fondos entregados sean destinados a la finalidad predeterminada».

4. El proyecto, la acción, conducta o situación financiada ha de tener por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

El concepto de subvención que formula la LGS puede tener por causa el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social, pero también se admite que en virtud de la concurrencia de una determinada situación se realice una entrega dineraria para promover una finalidad pública. La subvención, por tanto, no agota toda su virtualidad en el campo del fomento, ya que legalmente se admite que pueda responder a otras motivaciones. En coherencia con esta última afirmación, la disposición adicional tercera de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia, declara que las ayudas económicas que se concedan para facilitar la autonomía personal tendrán la condición de subvención. Por su parte, el Real Decreto 1010/2009, de 19 de junio, por el que se establecen medidas destinadas a compensar la disminución en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extinguió como consecuencia de los expedientes de regulación de empleo 76/2000, de 8 de marzo de 2001, y 25/2001, de 31 de julio de 2001, declara que la ayuda por la que se compensa la disminución en la cotización a que se refiere este Real Decreto tiene carácter de subvención, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

En cualquier caso nos encontramos aquí ante la delimitación de una actividad administrativa típica y habrá que convenir en que no pierde tal carácter por el hecho de que se desarrolle por otras entidades o sociedades que dependan de la Administración. Por tanto, si aquellas llevan a cabo tal actividad habrá que considerar que realizan una actividad que se rige por el Derecho administrativo para evitar el fraude de ley.

En apoyo de la anterior conclusión puede aportarse la importante Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 24 de septiembre de 1999, cuando declara que lo decisivo para calificar una conducta como acto administrativo «no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración Pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directamente imputables o referibles a un ente público. Y esto último sucede tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administra-

tivos como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública». Como consecuencia de ello, «la venta de bienes patrimoniales de un ente público, como los actos preparatorios de la misma, y entre estos la selección de los adquirentes, son actos regidos por la normativa reguladora de la actuación externa de ese ente público, que tiene su principal exponente en el artículo 103 de la Constitución. Y es indiferente a este respecto que tales actos hayan sido realizados a través de un agente o mandatario particular». Para el Tribunal Supremo, todo lo que precede es demostrativo de que la selección de adjudicatarios, llevada a cabo por la persona jurídica privada que actúa como agente de la Administración, «es un acto imputable a una Administración Pública y regido por el Derecho administrativo, y que por ello presenta los elementos establecidos en la cláusula del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional para acotar el ámbito jurisdiccional del orden contencioso-administrativo».

En consecuencia, si una sociedad mercantil pública o una fundación del sector público realiza una entrega dineraria sin contraprestación para fomentar actividades de utilidad pública o interés social o promover fines públicos se estará comportando impropriamente como un poder público, pues estará ejerciendo la potestad administrativa subvencional. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, «la Administración Pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse a través de mecanismos artificiosos de su condición de poder público sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional, y que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria».

Cabe concluir, por tanto, que el concepto legal de subvención da cobertura suficiente a la configuración doctrinal de la potestad subvencional como una verdadera potestad que necesariamente debe someterse al Derecho administrativo en su ejercicio y ponerse al servicio de los fines públicos atribuidos a las distintas Administraciones Públicas. No se puede ejercer la capacidad privada en este ámbito, pues existe una reserva a favor del Derecho público.

III. CONCEPTO LEGAL DE SUBVENCIÓN: ELEMENTOS SUBJETIVOS

Desde el punto de vista subjetivo procede estudiar por separado las entidades otorgantes de los beneficiarios.

1. En cuanto a los beneficiarios, la LGS se limita a señalar que pueden ser tanto las personas públicas como las privadas.

En relación con las personas públicas cabe destacar lo ordenado por el artículo 2.2 de la LGS: «No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública».

Llama la atención la exigencia de que las aportaciones dinerarias que se realicen entre los distintos entes instrumentales de una Administración, para que estén excluidas de la LGS, requieren que sus presupuestos estén integrados en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, pues se da el caso de que este último requisito no se cumple en todos los entes del sector público.

2. Por lo que se refiere a las entidades otorgantes, es de notar que los sujetos concedentes de las subvenciones deben ser los previstos en el artículo 3 de la LGS. Dicho precepto distingue dos grupos de entidades:

– Las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, entidades que integran la Administración Local y la Administración de las Comunidades Autónomas).

– Los organismos y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Respecto de los organismos y entidades de este grupo se exige que el otorgamiento de la subvención sea consecuencia del ejercicio de potestades administrativas para que exista un sometimiento pleno a la LGS, pues en otro caso se dispone que solo se aplicarán los principios de gestión e información de dicha norma legal.

Por su parte, la disposición adicional decimosexta de la LGS hace referencia a las entregas dinerarias sin contraprestación que efectúen las fundaciones del sector público, que se someterán al Derecho privado y a los principios de gestión y de información de la LGS.

Finalmente cabe señalar que la LGS no contempla el régimen aplicable a las sociedades mercantiles públicas.

A propósito de la configuración legal que se acaba de exponer, en relación con los elementos subjetivos de las subvenciones, cabe efectuar las siguientes observaciones:

a) Son susceptibles de integrarse en el concepto legal de subvención las entregas dinerarias que realicen, tanto la Administración territorial como la institucional, cuando sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. En el caso de la Administración territorial, la LGS nada dice sobre la exigencia de que las entregas dinerarias sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, pero una interpretación finalista de la norma nos lleva a postular un mismo régimen para ambos tipos de Administración, pues no se olvide que dentro de la Administración institucional se integran también entidades como los organismos autónomos, que, según el artículo 45 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), se rigen por el Derecho administrativo. Ahora bien, en los casos en que se trate de una Administración sujeta al Derecho administrativo será muy excepcional la actuación en el ámbito del Derecho privado, mientras que en el caso de las entidades públicas sujetas al Derecho privado el sometimiento a este será más normal.

El problema que se plantea en estos casos es determinar cuándo, al realizarse entregas dinerarias sin contraprestación, se deberá actuar con sujeción al Derecho administrativo y cuándo no. Según venimos defendiendo en este trabajo, siempre que la entidad intente satisfacer los fines de interés público que tiene asignados por el ordenamiento jurídico mediante la realización de una actividad administrativa típica, como es la de fomento de actividades de utilidad pública o interés social y la promoción de fines públicos, nos encontraremos ante entregas dinerarias que se conceden en el ejercicio de una potestad subvencional y, por tanto, existirá un sometimiento pleno a la LGS.

b) No forman parte del concepto legal de subvención, aunque se exige la aplicación de los principios legales de gestión e información, las entregas dinerarias que realicen las entidades de las Administraciones territorial e institucional cuando dichas entregas no sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Cabe destacar, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de LGS (núm. exp. 1756/2003, de 26 de junio de 2003), que el criterio que utiliza la LGS para decidir cuándo una entrega dineraria estará incluida en su ámbito de aplicación es «indeterminado», ya que «la potestad de subvencionar es siempre una potestad administrativa», pues «implica el desarrollo de una actividad administrativa y una disposición de fondos».

Así pues, las únicas entregas que quedarían fuera del concepto legal de subvención serían aquellas de carácter residual y excepcional

que pudiera realizar la entidad para el mejor cumplimiento de su objeto social, siempre que no tuviera por objeto «el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública». Estas entregas en todo caso deberían estar justificadas desde el punto de los principios constitucionales que configuran el gasto público, de ahí que en ningún caso podrían obedecer a mera liberalidad ni contradecir los fines y principios a los que debe atenerse dicho gasto. Por lo demás estarían sujetas a los principios de gestión y de información previstos en la LGS, además de las previsiones establecidas en el artículo 5 del Reglamento de la LGS.

c) Se excluyen del concepto legal de subvención, aunque se exige la aplicación de los principios legales de gestión e información, las entregas dinerarias que de acuerdo con sus estatutos puedan realizar las fundaciones del sector público. A estas nos referiremos con un poco más de detalle en el epígrafe siguiente del presente estudio.

d) Puesto que la LGS nada dice sobre las sociedades mercantiles públicas, cabe estudiar el régimen aplicable a las mismas en el caso de que realicen entregas dinerarias. En este caso nunca deberían darse actuaciones propias del Derecho administrativo, pues se trata de personas jurídicas privadas que no pueden realizar las actividades que son típicas de las Administraciones Públicas. Como señala Fernández Farreres, «la Ley no contiene referencia alguna que aluda a subvenciones otorgadas por estas sociedades en mano pública. Un silencio del que solo cabe deducir la siguiente doble posibilidad: o que, si pueden otorgar subvenciones, estas no estarán sujetas a la LGS, ni siquiera a los principios de gestión y de información, tal como sucede en el caso de las entidades públicas empresariales y las fundaciones privadas de iniciativa pública o fundaciones del sector público; o, por el contrario, también es posible deducir que este silencio responde sin más al hecho de que el propio legislador presupone que las sociedades mercantiles de titularidad pública no pueden otorgar subvenciones, pues siendo las mismas manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, esas sociedades mercantiles carecen de tal potestad (o, lo que es lo mismo, de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, tal como puntualiza la disposición adicional decimosegunda de la LOFAGE) y, por tanto, carecen de toda capacidad para otorgar subvenciones. Podrán quizá, como cualquier otro sujeto privado, hacer donaciones condicionadas o modales, con sujeción a lo previsto en sus propios estatutos sociales y sin perjuicio, eso sí, de las reglas que rigen su control económico y financiero como empresas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria, las leyes autonómicas similares y la legislación sobre Haciendas Locales».

Coincidimos con el autor citado en que la segunda de las alternativas planteadas es la correcta, en coherencia con la solución que hemos apuntado anteriormente para las entidades institucionales sujetas al Derecho privado. Nunca una sociedad mercantil pública debería realizar actividades administrativas típicas al servicio de los fines de interés público que tiene asignados. Sí, a pesar de esta prohibición, se comprueba que otorgan subvenciones, solo se podrá interpretar que actúan como meras mandatarias de la Administración de la que dependen, pues es esta última la titular de la potestad subvencional. En consecuencia deberán someterse íntegramente al régimen establecido en la LGS. En cuanto a las posibles donaciones modales o condicionales que no persigan los fines señalados por la LGS para las subvenciones, dado que se trata de fondos públicos, no podrán obedecer a mera liberalidad y, además de las limitaciones que afectan al gasto público, deberán tener una justificación coherente con los distintos tipos de fines que tiene encomendados la sociedad. Estos fines serán distintos, según los diversos tipos de actividad empresarial que puede desplegar la Administración, a saber: servicios públicos, actividades de interés público y actividades económicas simples. Por tanto, cuando la disposición adicional quinta de la Ley 5/2008, de 25 de septiembre, de Subvenciones de la Comunidad de Castilla y León, permite expresamente que puedan realizar entregas dinerarias sin contraprestación «las empresas públicas de la Comunidad cuando formen parte de su objeto social de acuerdo con la ley que autorice su creación», entendemos que no se puede inferir que esté aceptando la posibilidad de que las mismas otorguen subvenciones, pues el objeto social de una sociedad mercantil pública no puede incorporar el ejercicio de actividades administrativas típicas. Si, a pesar de esta imposibilidad, lo hacen, debe exigirse la aplicación plena de la LGS, pues actúan como meros agentes de la Administración.

El Derecho y la jurisprudencia comunitarios nos dan ejemplos continuos de que los principios comunitarios solo se pueden proteger eficazmente si se interpretan las Directivas con arreglo a su finalidad y se prescinde de los aspectos formales o, en el caso del Estado, de la forma de personificación que adopte. Sin embargo, en el ámbito del Derecho interno, cada vez es más habitual la aparición de normas e interpretaciones que pretenden anteponer lo accesorio (la forma o apariencia) a lo fundamental (la finalidad que se persigue o los derechos e intereses que se tutelan). Así se atenta contra la racionalidad jurídica, pues una norma trata siempre de proteger unos concretos intereses, y éstos no se pueden burlar a través del sencillo expediente de cambiar el nombre de las cosas, pues estas serán lo que son con independencia de cómo se denominen.

IV. REFERENCIA A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

En el caso de las fundaciones del sector público se dan unas peculiaridades cuyo estudio nos ayudará a corroborar el acierto de la interpretación que mantenemos. Así, la disposición adicional decimosexta de la LGS y el artículo 5 del Reglamento admiten la posibilidad de que estas entidades realicen entregas dinerarias sin contraprestación, pero sin apartarse del objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.

Además de estos preceptos hay que tener en cuenta lo ordenado por el artículo 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con las fundaciones del sector público estatal. Según el precepto citado, dichas fundaciones no podrán ejercer potestades públicas y únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

Del precepto acabado de transcribir se desprende con toda claridad que, salvo previsión legal expresa, las fundaciones del sector público estatal no podrán asumir las competencias que son propias de las Administraciones Públicas y que en ningún caso podrán ejercer potestades públicas. Por tanto, igual que ocurre con las sociedades mercantiles públicas, no podrán ejercer la potestad subvencional por las mismas razones apuntadas en relación con aquellas.

V. CONCLUSIONES

Ante todo cabe constatar la existencia de una realidad preocupante, como es la existencia de entidades y sociedades públicas sujetas al Derecho privado que –como ha destacado Sala Arquer– «se dedican en exclusiva a la dispensación de ayudas».

Con carácter general cabe afirmar que el otorgamiento de subvenciones supone el ejercicio de una potestad administrativa y que, en consecuencia, solo las Administraciones Públicas pueden ser titulares de la misma. Por tanto, las fundaciones y sociedades públicas sujetas al Derecho privado no podrán desplegar dicha actividad, lo que es plenamente coherente con el concepto de competencia administrativa, que supone la atribución de unos fines públicos y de unas potestades para conseguir su satisfacción. Si se produce un sometimiento al Derecho privado, los fines que se asignan a la entidad, aun-

que sean de interés público, se deberán cumplir mediante la aplicación del Derecho privado, lo que supone la imposibilidad de ejercer potestades administrativas y, en consecuencia, no se podrán otorgar subvenciones públicas, es decir, entregas dinerarias sin contraprestación para los fines señalados en la LGS para las mismas.

La LGS confirma esta conclusión, pues limita la consideración de sujetos otorgantes a las Administraciones Públicas que ejerzan potestades administrativas por su sometimiento al Derecho administrativo. Fuera de este ámbito, no se podrán otorgar subvenciones ni entregas dinerarias sin contraprestación que encubran auténticas subvenciones, pues las mismas constituyen una actividad típica de la Administración sujeta al Derecho administrativo.

Por tanto, en el caso de que una entidad pública de Derecho privado pretenda conceder una subvención deberá aplicarse íntegramente la LGS, pues –como señala Fernández Farreres– «a mi juicio no debe admitirse que estas entidades con forma jurídico-privada puedan otorgar subvenciones; pero si se admitiera –y en la práctica no cabe duda de que realizan entregas dinerarias gratuitas que responden al esquema propio de las subvenciones, si bien tienda a disimularse esa naturaleza acudiendo a la formalización de convenios– deberían someterse íntegramente a un régimen jurídico público como el establecido por la LGS. En otro caso, y es posible que esa haya sido la intención, gran parte de la eficacia que se espera de la LGS quedará desactivada».

En definitiva, igual que ocurre con el Derecho comunitario, que ofrece un tratamiento idéntico a las ayudas que se otorguen por el Estado o mediante fondos estatales, de donde se infiere la inclusión tanto de las ayudas concedidas por cualquier órgano estatal como de las otorgadas por organismos financiados con cargo a recursos del presupuesto público (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 2004), cabe entender que en nuestro Derecho interno cualquier subvención concedida con cargo a los fondos públicos que se ajuste objetivamente al concepto legal debe estar sujeta al régimen jurídico de la LGS.

VI. REFERENCIAS

BOQUERA OLIVER, José María: *Derecho administrativo*, vol. 1. Instituto de Estudios de Administración Local. 2ª edición, 1977.

CORTELL GINER, Robert P.: «La nueva delimitación del ámbito subjetivo y objetivo del sector público en materia de contratos en la

- Ley 30/2007. Los sectores especiales», *Revista de Auditoría Pública*, nº 45, 2008.
- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel: *Las potestades administrativas*. Tecnos, 1986.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *Aspectos fundamentales de la Ley General de Subvenciones y su incidencia en la universidad pública. Gestión y fiscalización de la investigación en el ámbito universitario*. Universidad de Oviedo, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, vol. 1. Civitas. 4ª edición, 1986.
- GIMENO FELIU, José María: «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)». *Revista de Administración Pública*, nº 137, 1995.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Civitas, 2005.
- MEDINA GUIJARRO, Javier: «El reintegro de subvenciones y ayudas públicas», *Revista de Auditoría Pública*, nº 11, 1997.
- ORÓN MORATAL, Germán: *La configuración constitucional del gasto público*. Tecnos, 1995.
- ORTIZ MALLOL, José: «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas». *Revista de Administración Pública* nº 163, 2004.
- PASCUAL GARCÍA, José: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Boletín Oficial del Estado. 4ª edición, 2004.
- SALA ARQUER, José Manuel: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 75, 1992.

DOCUMENTACIÓN, NOTAS Y COMUNICACIONES

