

Nº 8  
Cuarto trimestre 2016

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

## **Número 8. Diciembre 2016**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> Araceli Muñoz de Pedro**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

### **D. David Larios Risco**

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

### **D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

### **D. Isaac Martín Delgado**

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

Gabilex  
Nº 8  
Diciembre 2016  
[www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)



**Castilla-La Mancha**

---



## SUMARIO

### **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

EDITORIAL: "EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO" .....10  
El Consejo de Redacción

"HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: EL USO DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN" .....14  
D<sup>a</sup> Teresa Medina Arnáiz

"EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL"  
Seis notas prácticas y una dificultad superada en parte.....40  
D. Manuel Peláez Muras

"DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA" .....82  
D. Alberto Campos Jiménez

"LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO: UNA CUESTIÓN PENDIENTE DE RESOLUCIÓN" .....112  
D. Julio Díaz-Maroto Maqueda

"LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" .....152

---

D. Roberto Moreno García

“LA LEY 4/2016, DE 15 DE DICIEMBRE, DE  
TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE CASTILLA-LA  
MANCHA: ANTECEDENTES Y SUJETOS OBLIGADOS DEL  
ARTÍCULO 4”.....184

D. Carlos-Mª Rodríguez Sánchez

## **RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 163/2016 DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 3 DE OCTUBRE DE  
2016: FORMA DE PROCEDER DE LOS ÓRGANOS  
JUDICIALES EN PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS ANTE  
LA ALEGACIÓN DE FALTA DE ACUERDO PARA EL  
EJERCICIO DE ACCIONES”.....220

D. Roberto Mayor Gómez

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 723/2016 DE LA  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA  
MANCHA (SECCIÓN 2ª), DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2016:  
VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A  
TRAVÉS DE EMPRESA PRIVADA DE CORREO  
POSTAL”.....228

D. Roberto Mayor Gómez

BASES DE LA  
PUBLICACIÓN.....238





# **LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO: UNA CUESTIÓN PENDIENTE DE RESOLUCIÓN**

**D. Julio Díaz-Maroto Maqueda**

Jefe de Servicio de Coordinación, Documentación  
y Medios, de la Intervención General, de la Junta de  
Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: octubre de 2016

**RESUMEN:** La modificación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, a través de la disposición final séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha supuesto la habilitación de las fundaciones del sector público como sujeto activo de la relación subvencional, poniendo en cuestión la noción tradicional de subvención como instituto jurídico reservado a las entidades públicas dotadas de potestades administrativas. Dicha modificación legal ha suscitado, asimismo, incertidumbre sobre el ámbito de



---

aplicación que pueda atribuirse, tras la misma, a las entregas dinerarias sin contraprestación, como categoría de ayudas susceptible de aplicación por las fundaciones del sector público. Estas son las cuestiones que se abordan en el presente artículo, con la finalidad última de contribuir al debate sobre una cuestión que, al menos desde la perspectiva del derecho positivo, sigue pendiente de resolución, a falta de los desarrollos reglamentarios que puedan despejar las dudas suscitadas por el referido cambio legal.

**ABSTRACT:** The modification of the sixteenth additional provision of Law 38/2003 of 17 November, general of subsidies, through the seventh final provision of Law 40/2015, of October 1, the legal regime of the public sector, has of course enabling the foundations of the public sector as an active subject of subvencional relationship, calling into question the traditional notion of subsidy as reserved public entities of administrative powers legal institution. Such legal change has also caused uncertainty about the scope of that can be attributed after it, to monetary deliveries without consideration, as a category of susceptible aid application by the public sector foundations. These are the issues addressed in this article, with the ultimate aim of contributing to the debate on an issue that, at least from the perspective of positive law, still pending, in the absence of regulatory developments that may dispel doubts raised by that legal change.

**PALABRAS CLAVE:** entregas dinerarias sin contraprestación, subvención, fundaciones del sector público, ley general de subvenciones, fomento administrativo.

---

**KEY WORDS:** cash deliveries without consideration, grant, public sector foundations, grants general law, administrative building.

## **SUMARIO:**

**I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA MODIFICACIÓN LEGAL: SUBVENCIONES VERSUS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN; III. CONSECUENCIAS Y PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MODIFICACIÓN LEGAL; IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CAMBIO NORMATIVO; V. PERVIVENCIA O QUEBRANTO DE LA NOCIÓN TRADICIONAL DE SUBVENCIÓN; VI. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL; VII. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN, A CARGO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO; VIII. CONCLUSIONES; IX. BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

No son pocas las ocasiones en que los cambios normativos nos colocan en la difícil posición de tener que descubrir –o inventar– la forma en que han de



---

reacomodarse las piezas de ese complejo mecano, siempre en construcción, que es el derecho administrativo.

El objeto de este trabajo es precisamente uno de esos episodios. El derivado de la modificación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS), a medio de la disposición final séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en lo sucesivo LRJSP).

Esta modificación legal introduce, como veremos, un cambio de cierto calado en la tradicional concepción del instituto jurídico de la subvención pública y, por derivación, obliga a replantear el ámbito de aplicación de las denominadas entregas dinerarias sin contraprestación. Categoría jurídica, esta última, que si bien había sido objeto de las habituales críticas administrativistas, a partir del recurrente argumento de constituir una manifestación más de la archiconocida huida del derecho administrativo<sup>1</sup>, disponía de un campo de actuación siquiera someramente definido, por más

---

<sup>1</sup> Valgan por todas las consideraciones realizadas al respecto por CORTELL en uno de los escasos artículos doctrinales sobre la materia: "*La segunda cuestión antes planteada [relativa a las posibilidades que tienen las Administraciones Públicas de eludir la plena sujeción de la potestad subvencional al derecho público, derivando hacia sus entes instrumentales de derecho privado el otorgamiento de subvenciones] no es más que una particularización del fenómeno más amplio que se ha calificado acertadamente como <<huída 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". CORTELL GINER, Robert P. *El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público*. Revista Española de Control Externo. Vol. XI, nº 32, 2009. Pág. 81.

---

que, contra lo que hubiera sido deseable desde el punto de vista de la racionalidad jurídica, en dicha definición fueran determinantes factores de índole puramente formal o subjetivo, frente a otros, directamente ausentes, de carácter material o sustantivo (como sucede, por otra parte, con algunas otras categorías jurídicas colindantes con la subvención).

La modificación operada en el apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS deja la misma redactada en los siguientes términos:

*“Disposición adicional decimosexta. Fundaciones del sector público.*

*1. Las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2.*

*La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación.*



- 
2. *A los efectos de esta ley, se consideran fundaciones del sector público aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
- a) *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público.*
  - b) *Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades."*

El resultado del consabido cambio normativo resulta singularmente desconcertante si tenemos en cuenta que la redacción original de la disposición adicional decimosexta de la LGS versaba sobre las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público (limitándose, en esencia, en su apartado 1, a reproducir lo que ya establecía el artículo 3.2, párrafo segundo de la misma LGS), en tanto que, tras la entrada en vigor de la disposición final séptima de la LRJSP (con fecha 3 de octubre de 2015), aquélla omite cualquier referencia a dicha categoría jurídica para ocuparse de otra figura, ciertamente próxima pero distinta, cual es la de las subvenciones públicas. Un desconcierto que, como tendremos oportunidad de comprobar, no es capaz de despejar (al menos con suficiencia) el análisis del proceso de gestación de la modificación legal que nos ocupa.

Ante este escenario, resulta razonable preguntarse sobre el papel que, tras la mudanza normativa acaecida, cabe atribuir a las entregas dinerarias sin contraprestación y, en particular, sobre la delimitación de su ámbito de aplicación, si lo hubiere, como cauce de articulación de las ayudas dinerarias por parte de las fundaciones del

---

sector público, habida cuenta de la posibilidad, por primera vez abierta en nuestro derecho administrativo, de que estas mismas fundaciones puedan conceder subvenciones públicas. Dicho en otros términos, la cuestión que pretendemos abordar en este trabajo estriba en dirimir en qué circunstancias y bajo qué presupuestos las ayudas pecuniarias que pretendan concederse por las fundaciones del sector público deben articularse en forma de subvenciones públicas y cuándo, por el contrario, dichas ayudas han de adoptar la forma de entregas dinerarias sin contraprestación, con las sustanciales consecuencias que ello conlleva en lo relativo a su sujeción a uno u otro régimen jurídico (enteramente público las primeras y sustancialmente privado las segundas).

Definido en los términos recién expresados el objetivo pretendido, parece razonable comenzar por analizar el estado de la cuestión con anterioridad a la modificación legal que nos ocupa; estableciendo, con ello, las bases a partir de las cuales sea posible empezar a fundamentar una propuesta de interpretación plausible, que permita sostener, coherentemente, el conjunto normativo resultante del consabido cambio legislativo.

## **II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA MODIFICACIÓN LEGAL: SUBVENCIONES VERSUS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN**

Desde que en 1949 JORDANA DE POZAS publicase su célebre "*Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*"<sup>2</sup>, considerado convencionalmente el

---

<sup>2</sup> JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 48, 1949, Pág. 41-54.





---

trabajo fundacional de la teoría de la actividad administrativa de fomento, la subvención ha constituido el paradigma indiscutible de esta clase de actividad, constitutiva, junto a las de policía y servicio público, de la más conocida y citada clasificación de la actividad de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, uno de los signos distintivos de la actividad administrativa de fomento viene constituido por la amplitud y flexibilidad de sus formas y medios, subrayada ya por el propio JORNADA DE POZAS en el famoso artículo, donde el término subvención es curiosamente empleado en una única ocasión, para clasificarla entre los medios "*económicos*" de fomento, junto a otros del mismo carácter, tales como "*primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés, etc, y las exenciones y demás privilegios de carácter fiscal*"<sup>3</sup>.

Esta diversidad de instrumentos al servicio de la acción pública de fomento, ha convertido en lugar común de cualquier estudio sobre la figura de la subvención la necesidad de proceder a su delimitación conceptual con respecto a otras categorías afines; para lo cual no siempre ha sido posible emplear factores de carácter sustantivo, sino que, por el contrario, ha debido acudir al auxilio de elementos de índole meramente formal o, incluso, exclusivamente subjetivo, cual sucede, tal y como veremos, con las denominadas entregas dinerarias sin contraprestación.

Subvención y entrega dineraria sin contraprestación participan, como sucede con otras figuras típicas de la actividad administrativa de fomento (avales, ayudas en especie, créditos blandos, beneficios fiscales, etc), de los perfiles propios de las denominadas donaciones modales

---

<sup>3</sup> Ibid, Pág. 53.

---

(también llamadas donaciones onerosas o con causa onerosa)<sup>4</sup>, en las que la ventaja unilateralmente concedida por el donante no constituye un acto de pura liberalidad, exento de cualquier finalidad o gravamen para el donatario, sino que incluye determinadas obligaciones para este último, encaminadas a la satisfacción de un fin determinado, que, tratándose de subvenciones públicas se identificará, necesariamente, con la utilidad pública o el interés social al que sirve el poder público que la concede, y que, en el caso de las entregas dinerarias sin contraprestación, se conecta con el concreto fin fundacional o social de la entidad que la otorga.

Definiciones doctrinales al margen, la LGS nos ofrece un concepto legal de subvención compuesto de un doble contenido: objetivo o material, de una parte, y subjetivo o formal, de otra; dándose la circunstancia de que la concurrencia de ambos elementos resulta indispensable para la identificación de la noción jurídica de subvención.

El primero de los factores constituyentes del concepto legal de subvención, de índole objetiva, anida en el artículo 2 de la LGS, a medio del cual queda definida como una disposición dineraria realizada a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación *directa* de los beneficiarios y sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo susceptible de catalogarse de utilidad pública o de interés social, o de satisfacer una finalidad pública.

---

<sup>4</sup> El artículo 619 del Código Civil se refiere a las donaciones modales en los siguientes términos: "*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.*"



El concepto de subvención, no se completa, sin embargo, sin la concurrencia de un segundo factor, que lo ha caracterizado desde su fundación, cual es que dicha disposición dineraria sea realizada por una entidad de derecho público dotada de potestad administrativa; pues, no en vano, la subvención no es sino el instituto jurídico por excelencia de una de tales potestades administrativas típicas: la potestad de fomento.

Dicho componente subjetivo sigue integrando –al menos, de principio–, el concepto legal de subvención, a la vista de lo preceptuado en el precitado artículo 2 de la LGS en relación con el artículo 3 del mismo texto legal, en tanto que refieren la condición de sujeto activo de la relación subvencional a las Administraciones Públicas territoriales, así como a los *“organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas”* (Vid. Art. 3.2 de la LGS).

Ahora bien, es lo cierto que la realización de entregas dinerarias sin contraprestación directa de los beneficiarios, orientadas a la satisfacción de aquellos fines que son propios a la entidad concedente y financiada con cargo a fondos públicos, no se ha constituido, en nuestro ordenamiento jurídico, en monopolio exclusivo de las entidades de derecho público dotadas de potestades administrativas. Una opción que, por lo demás, habría resultado perfectamente aceptable desde la lógica básica de la teoría del fomento administrativo, en tanto que no parecería contrario a la razón concluir que la unilateral disposición de fondos públicos en beneficio de determinadas personas físicas o jurídicas, tendría que estar tutelada por los poderes

---

exorbitantes característicos de las potestades administrativas (singularmente los relativos a la autotutela declarativa y ejecutiva), en garantía, precisamente, de la eficiente aplicación de tales fondos públicos.

En cualquier caso, es lo cierto que el legislador optó por abrir la posibilidad de que las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que actúan en régimen de derecho privado y, en consecuencia, huérfanas de potestades administrativas y de sus prerrogativas anejas, realizasen este tipo de prestaciones dinerarias -finalmente procedentes, igualmente, de fondos públicos-, sin contraprestación directa de los destinatarios, siempre que las mismas tuviesen relación inmediata con el objeto de la actividad definido en sus estatutos o normas de creación. Una elección explicitada, con un alcance general, en el artículo 3.2, párrafo segundo de la LGS, y concretada para las fundaciones del sector público en la disposición adicional decimosexta de la propia LGS, en su redacción anterior a la modificación legal llevada a cabo por la consabida disposición final séptima de la LRJSP.

Surge así una nueva categoría de ayudas públicas -en tanto financiada con fondos públicos-, cual es la de las llamadas "*entregas dinerarias sin contraprestación*", cuya sola denominación evidencia su correspondencia sustantiva con la noción de subvención, pero cuyo régimen jurídico se aparta manifiestamente del de esta última, en razón a una única y, a la postre, decisiva circunstancia: la distinta naturaleza del sujeto activo que interviene en una y otra relación.

Resulta significativa, a este respecto, la ausencia de una definición legal de las entregas dinerarias sin contraprestación. Una consecuencia natural de su falta



---

de distinción material de las subvenciones<sup>5</sup>, por más que pueda especularse con ciertas connotaciones, vinculadas a su finalidad, que marquen alguna diferencia sustantiva, más teórica que real. Debiendo advertirse, en relación con esta última cuestión, que, si bien desde un punto de vista puramente hipotético, cabría la posibilidad de situar la diferencia material entre subvención y entrega dineraria sin contraprestación en la diversidad de los fines a los que ambas categorías de ayudas responden: la utilidad pública y el interés social, las primeras, y, el fin fundacional, social o estatutario, las segundas; es lo cierto que estas diferencias pueden resultar de muy difícil percepción práctica, dada la lógica proximidad, cuando no el mimetismo, entre los fines sociales y fundacionales de las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas sujetas a derecho privado (fundaciones y empresas públicas) y aquellos fines a los que sirven estas mismas Administraciones Públicas.

---

<sup>5</sup> La falta de una efectiva distinción material o sustantiva entre subvención y entrega dineraria sin contraprestación ha sido apreciada entre los autores que se han ocupado de este tema. Así, a título de ejemplo, PASCUAL GARCÍA nos dice al respecto cuanto sigue: *"La sustitución del término <<subvención>> por el de <<aportaciones dinerarias sin contraprestación>> revela ya una distinta naturaleza jurídica, pese a que financiera y materialmente no existen diferencias. El problema, a efectos de delimitación, está en determinar cuándo se ejercitan potestades administrativas y cuándo no, dado el carácter indeterminado del criterio. Pese a su indeterminación, es necesario partir del concepto administrativo de <<potestad>>, en lugar de atender a la naturaleza de la ayuda, dado que, como hemos dicho, materialmente en nada se diferencia una subvención y una <<aportación dineraria sin contraprestación>> concedida por estas entidades"*. PASCUAL GARCÍA, José. *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Ediciones Boletín Oficial del Estado, sexta edición (2016), Pág. 62.

En consecuencia, se impone la conclusión de que el distinto régimen jurídico aplicable a las subvenciones (derecho público) y a las entregas dinerarias sin contraprestación (derecho privado), responde a un único motivo, consistente en la diversa naturaleza de las entidades que las conceden: Administraciones Públicas y órganos y entidades dotados de potestades administrativas, las primeras, y entidades públicas de derecho privado, carentes de tales potestades, las segundas.

Cierto es, no obstante, que el legislador, consciente de la transcendencia de que las entregas dinerarias sin contraprestación se nutran, en última instancia, de los presupuestos públicos (que son, obviamente, los que soportan finalmente el conjunto o la mayor parte de las actividades propias de las entidades del sector público que las realizan), ha sujetado los procedimientos de concesión de tales entregas a los "*principios de gestión*" propios de las subvenciones públicas, así como a las obligaciones de información previstas para estas últimas, ex artículo 3.2, párrafo segundo de la LGS. Circunstancia que evidencia, a nuestro juicio, una cierta *vis atractiva* del contenido del derecho público sobre aquellos aspectos del régimen jurídico de las entregas dinerarias si contraprestación que puedan presentar una relación más directa con dichos principios (en particular, con los relativos al procedimiento de selección de los destinatarios de las entregas dinerarias en cuestión), como de alguna forma viene a evidenciar el contenido del artículo 5 del Reglamento de la Ley General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RLGS), a medio del cual se imponen determinados contenidos de necesario reflejo en el procedimiento elaborado por la entidad concedente para



---

la realización de las aportaciones dinerarias sin contraprestación<sup>6</sup>.

Tales principios de gestión no son otros que los relacionados en el artículo 8.3 de la propia LGS: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la entidad otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Por su parte, las citadas obligaciones de información son las establecidas en el artículo 20 del mismo texto legal, alusivo a la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS), catalogada como sistema nacional de publicidad de las subvenciones, en aplicación de lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (aun cuando, en esta última, las obligaciones de publicidad activa alcancen no solo a las subvenciones, sino a todas las ayudas públicas)<sup>7</sup>, a la que deben comunicarse, a tales efectos, las entregas dinerarias sin contraprestación realizadas por las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y sujetas a derecho privado.

---

<sup>6</sup> Un contenido mínimo que se reproduce, en casi idénticos términos, en el artículo 5 del Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones, aprobado por Decreto 21/2008, de 5 de febrero.

<sup>7</sup> Véase lo dispuesto en el artículo 8.1, c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, cuya literalidad revela la insuficiencia del actual contenido de la BDNS para atender íntegramente el mandato de publicidad activa en materia de *ayudas públicas* contenido en el mismo, toda vez que el concepto de *ayuda pública* desborda los de subvención y entrega dineraria sin contraprestación, al tener cabida en el mismo otros tales como avales, ayudas en especie, créditos blandos, beneficios fiscales, etc.

---

No obstante lo cual, es lo cierto que, a salvo de la sujeción a los citados principios de gestión y a las consabidas obligaciones de información, el régimen propio de las entregas dinerarias sin contraprestación es el de derecho privado. Lo que, más allá del sometimiento a dichos principios, las sitúa extramuros del ámbito de aplicación de la legislación en materia de subvenciones públicas; quedando definido su régimen jurídico por las obligaciones y derechos que para las partes se deriven de los instrumentos a medio de los cuales se articulen las entregas dinerarias sin contraprestación, definidores de la relación jurídica establecida entre la entidad concedente y el destinatario de la entrega (sean convocatorias, acuerdos o convenios de concesión) y, en lo no previsto en tales instrumentos, por las previsiones establecidas con carácter general en materia de obligaciones y, en particular, para las donaciones modales u onerosas, por el Código Civil. Corolario de lo cual es la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de los litigios que se deriven de la concesión, o no, de las entregas dinerarias sin contraprestación, así como de su aplicación, justificación y eventual reintegro, por parte de los beneficiarios, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones anudadas a su recepción.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta concluyente, al respecto, a partir de la resolución adoptada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia, prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante Auto de 28 de junio de 2013, nº 17/2013, rec. 8/2013, a medio del cual se declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer de los litigios derivados de las concesiones de entregas dinerarias sin contraprestación (en el supuesto concreto objeto de examen, de una demanda por denegación de tales ayudas), dada su sujeción al derecho privado. Queda por resolver, no obstante, la posibilidad de que el conocimiento de las demandas que tuvieran por fundamento el incumplimiento de





Esta era, en síntesis, la concepción jurídica comúnmente aceptada en torno a las categorías de subvención y entrega dineraria sin contraprestación. Una concepción que gozaba, por lo demás, del respaldo del derecho positivo, pues no en vano la regulación establecida al respecto en la LGS se encontraba, como acabamos de ver, en perfecta armonía con tales presupuestos doctrinales.

Es en este estado de cosas en el que se produce la modificación legal que nos ocupa, a medio de la cual se abre una puerta a la posibilidad de cuestionar la solidez de alguno de los pilares sobre los que se sustenta la tradicional noción de subvención (en tanto instrumento reservado al uso exclusivo de los poderes públicos dotados de potestades administrativas) y, de soslayo, se genera un espacio de incertidumbre delimitado por la indefinición del ámbito de aplicación de las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público.

### **III. CONSECUENCIAS Y PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MODIFICACION LEGAL.**

El apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS -relativa a las fundaciones del sector público e integrante de la legislación estatal básica-, en su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la disposición final séptima de la LRJSP, establecía lo siguiente:

---

los principios de gestión establecidos en la LGS pudieran ser del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma análoga a lo que sucede en relación con los llamados *actos separables* en el ámbito de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

---

*“1. Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos”.*

Esta redacción no aportaba, ciertamente, ninguna novedad respecto a lo ya establecido en el artículo 3.2, párrafo segundo, de la propia LGS, donde se afirmaba exactamente lo mismo, si bien con un alcance subjetivo más general, no limitado a las fundaciones del sector público, comprensivo del conjunto de las entidades con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas que se rijan por el derecho privado (dicho resumidamente, incluso tanto de las fundaciones del sector público como de las empresas públicas). De suerte que la única aportación real de la disposición adicional decimosexta de la LGS respecto al meritado artículo 3.2, párrafo segundo de la misma, era la que se llevaba a cabo en su apartado 2, en el que se establecía una definición de las fundaciones del sector público, a los efectos de la propia LGS, que, como es sabido, no se ha visto afectado por la modificación legal llevada a cabo por la LRJSP<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Si bien, no puede dejar de advertirse que la LRJSP incorpora una definición de las fundaciones del sector público estatal, en su artículo 128.1, que no se corresponde íntegramente con el establecido en el apartado 2 de la disposición adicional decimosexta de la LGS. Así, el precitado artículo 128.1 de la LRJSP, incluye entre las fundaciones del sector público estatal aquellas en las que concurra la sola circunstancia de que *“la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal”*, que,



En cualquier caso, reiteraciones al margen, lo establecido en el artículo 3 y en la disposición adicional decimosexta de la LGS resultaba plenamente coherente con el asentado criterio de reservar el recurso al instituto de la subvención a las entidades públicas dotadas de potestades administrativas, derivando las aportaciones dinerarias sin contraprestación directa a cargo de las fundaciones del sector público y demás entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas carentes de tales potestades, hacia la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, regidas por el derecho privado, si bien sujetas a los principios de gestión e información establecidos en la LGS (artículos

---

sin embargo, no se consideran fundaciones del sector público, a los efectos de la LGS –es decir, a los efectos de la legislación básica estatal en materia de subvenciones–, si además no reúnen alguna de las dos condiciones establecidas al efecto en dicha disposición adicional decimosexta: “a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público”, o bien b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. De lo que se deriva una llamativa y a la vez significativa consecuencia, cual es que no todas las fundaciones del sector público estatal están habilitadas para la concesión de subvenciones conforme a la archicitada disposición adicional decimosexta de la LGS, sino que, por el contrario, solo lo estarían, en las condiciones que en la misma se establecen, aquellas fundaciones en que la razón determinante de su integración en el sector público sea la posición *económicamente* dominante de las poderes públicos (ya sea porque se constituyan con una aportación mayoritaria del sector público o porque la mayor parte de su patrimonio fundacional proceda del mismo) y no el solo dominio *político* o *ejecutivo* de sus órganos de gobierno huérfano de dicha hegemonía *económica*.

---

8.3 y 20), en razón de su financiación a través de fondos públicos.

La modificación del apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS por la disposición final séptima de la LRJSP irrumpe en este asentado escenario, haciendo de conflictiva pervivencia su presupuesto básico, según el cual la subvención, en tanto arquetipo de la potestad administrativa de fomento, era un instituto jurídico de uso exclusivo de los entes públicos dotados de tales potestades. Y lo hace, además, para mayor desconcierto, edificando la novedosa regulación sobre los mismos cimientos (el mismo apartado 1 de misma disposición adicional) sobre los que se elevaba la ordenación de otra figura, las entregas dinerarias sin contraprestación, que desaparece, sin más, de esta disposición adicional, sin contrapunto alguno en el texto de la LGS que nos pueda orientar sobre su futuro –al menos, en cuanto a su permanencia como instrumento a disposición de las fundaciones del sector público- tras la entrada en vigor, el pasado 3 de octubre de 2015, de la referida modificación legal.

Varios son, pues, los interrogantes que apresuradamente hace surgir este cambio normativo. A saber:

- a) Si tal modificación altera, siquiera puntualmente, el concepto tradicional y, al menos hasta entonces, también legal de subvención, o, por el contrario, es dable emplear alguna vía interpretativa que permita salvar dicha noción.
- b) Si las fundaciones del sector público pueden seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación o, tras el cambio normativo operado, solo pueden acudir al instituto de la subvención –y, en consecuencia, al



---

derecho público- para canalizar las prestaciones pecuniarias sin contraprestación que contribuyan al cumplimiento de sus fines fundacionales, en las condiciones y con los requisitos establecidos al efecto en la tantas veces citada disposición adicional decimosexta de la LGS.

- c) Y, finalmente, si la respuesta a la cuestión precedente fuera favorable a la posibilidad de que las fundaciones del sector público concedan entregas dinerarias sin contraprestación tras la modificación de la consabida disposición adicional, emerge de inmediato la necesidad de dirimir el ámbito de aplicación de una y otra categoría de ayuda (subvención y entrega dineraria sin contraprestación), sujetas a tan distinto régimen jurídico y susceptibles de utilización por una misma entidad.

Estas serán las tres cuestiones que abordaremos en lo que resta del presente artículo, con la finalidad última de formular una propuesta de interpretación que, a sabiendas de la concurrencia de criterios mejor fundados, pueda al menos contribuir al debate, en torno a aquéllas, entre quienes, con mucho mayor conocimiento de causa, puedan esclarecer las mismas y alumbrar, de ese modo, los desarrollos reglamentarios más coherentes con el marco legal vigente, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, de los que tan necesitada se encuentra, a nuestro juicio, la problemática que nos ocupa.

#### **IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CAMBIO NORMATIVO.**

Como es obvio, cualquier planteamiento en torno a los antedichos interrogantes ha de ir precedido de la

---

indagación del sentido o finalidad pretendida por el cambio normativo de permanente alusión, y, para ello, deviene indispensable explorar los antecedentes del mismo, con la fundada esperanza de hallar en ellos las coordenadas que nos alumbren el camino a seguir, o, cuando menos, algunas pistas significativas al respecto. Más aún cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, la exposición de motivos de la LRJSP carece de referencia alguna a la modificación de la LGS vía su disposición final séptima.

Emprendida esta tarea, acudimos, pues, al análisis del procedimiento de elaboración y tramitación de la LRJSP, para toparnos de bruces con una primera sorpresa, cual es que el contenido de la actual disposición final séptima de dicho texto legal no formó parte ni del anteproyecto de Ley ni del proyecto de Ley resultante del procedimiento de consultas posterior, finalmente aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales para su tramitación con fecha 11 de mayo de 2015. Ergo la introducción del cambio normativo de la LGS que nos ocupa se llevó a cabo a lo largo de la tramitación parlamentaria del correspondiente proyecto de Ley. Una circunstancia que frustra, siquiera inicialmente, el anunciado propósito de tomar noticia sobre las motivaciones que se encuentren en el origen de la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS, al privarnos de la posibilidad de consultar, para ello, las memorias justificativas y demás antecedentes del proyecto de Ley o el, particularmente relevante, dictamen del Consejo de Estado, en el que, obviamente, nada pudo expresarse en torno a la cuestión que nos atañe.

Suspendida, de esta forma, nuestra esperanza de descubrir razón explícita de la modificación legal, acudimos, pues, al análisis de la tramitación



---

parlamentaria del proyecto de Ley, confiados en que en ella habremos de encontrar las motivaciones que buscamos.

Pues bien, examinados los antecedentes de la tramitación parlamentaria constatamos que, en efecto, la modificación que nos ocupa se plantea por primera vez a través de la enmienda de adición número 208 del Grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados<sup>10</sup>, a medio de la cual se propone introducir una nueva disposición final, íntegramente dedicada a la modificación de la LGS, y en cuyo punto tres se modificaría el apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS, que pasaría a quedar redactado del siguiente modo:

*“1. Las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante Acuerdo del Consejo de Ministros u órgano de gobierno equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita. El régimen regulador será el previsto en la Ley General de Subvenciones con las particularidades recogidas en el siguiente párrafo.*

*La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán*

---

<sup>10</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 154-2, de 28 de julio de 2015, Pág. 141.

---

*ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación”.*

Matices al margen, salta a la vista la correspondencia del texto transcrito con el finalmente incorporado a la actual disposición final séptima de la LRJSP de modificación de la LGS. Ahora bien, cuando confiados en haber encontrado la señal que buscábamos, acudimos presurosos al apartado “Justificación” de la enmienda, chocamos con una nueva y ya irritante decepción, al ver reducida tal justificación a dos únicas palabras: “Mejora técnica”. Resumidamente, un cambio legal de LGS, que afecta incluso al contenido básico de la misma, que no había sido incorporado ni al anteproyecto ni al proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros y que, en consecuencia, no había sido objeto de motivación o justificación alguna, ni de posible consideración en fase de información pública, ni de informe o dictamen de órganos consultivos (algunos de tan singular relevancia como el Consejo de Estado), es introducido en la Ley vía enmienda adicional, empleando como único simulacro de “justificación” el vacío laconismo de “mejora técnica”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> No puede sorprender, por ello, la fundada crítica que contiene al respecto la enmienda 179 de supresión de la disposición final séptima del proyecto de LRJSP que planteará, posteriormente, ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (GPV), en la que se calificará de “*fraude constitucional, la introducción de enmiendas en el Congreso con el objeto de modificar textos legales vigentes en proyectos de ley en tramitación que nada tienen que ver con aquellos...*”, subrayando, a este respecto, “*...la elusión que tal comportamiento supone respecto a las disposiciones que regulan el procedimiento de elaboración y tramitación de los proyectos legales, tales como: consultas públicas e institucionales, informes sobre la razón de la reforma y sus alternativas, informes de legalidad y preceptivos de órganos de relevancia constitucional, etc...*”.





Sea como fuere, ya que no de manera explícita, como habría sido deseable, al menos sí de forma implícita, la citada enmienda 208 contiene suficientes indicadores para revelar alguno de los propósitos que animaron su presentación. Así, la modificación de la disposición adicional decimosexta de la LGS, en los expresados términos, venía acompañada y precedida, en la misma enmienda (punto uno), de una nueva redacción del apartado 2 del artículo 3 de la propia LGS del siguiente tenor:

*"2. Deberán asimismo ajustarse a las previsiones de esta Ley las subvenciones otorgadas por los organismos y las demás entidades públicas vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas cualquiera que sea el régimen jurídico al que, según las normas por las que aquéllas se rijan, hayan de ajustar su actividad, así como las subvenciones que se otorguen con cargo a fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación proceda mayoritariamente de las Administraciones Públicas o de los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de ellas.*

*Las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público podrán actuar como entidades colaboradoras. Salvo por lo prevenido en la disposición adicional decimosexta, no podrán conceder subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación".*

La puesta en relación de los puntos 1 y 3 de la enmienda, pone de manifiesto, sin género de duda alguno, que la pretensión que alentó su presentación no fue otra que la de erradicar la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, remitiendo la totalidad del régimen de las ayudas pecuniarias de esta naturaleza al propio de las subvenciones, esto es, al derecho público, cualquiera

---

que fuera la naturaleza jurídica de los organismos o entidades que las concediesen, siempre que tales ayudas se financiasen con cargo a fondos públicos. Podría afirmarse, sin temor a equivocarnos, que estábamos, pues, ante el fenómeno inverso al de la recurrente “huida del derecho administrativo”, es decir ante un “retorno al derecho administrativo” de las prestaciones pecuniarias sin contraprestación directa a cargo de entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas actuantes en régimen de derecho privado.

Con independencia de la valoración de fondo que ello pueda merecer, lo cierto es que la enmienda mantenía una innegable coherencia interna, dado que la singular habilitación de las fundaciones del sector público para la concesión de subvenciones, en los estrechos límites que establecía la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS que se proponía, iba precedida y, en gran medida justificada, por la propuesta de nueva redacción de artículo 3.2 de la misma Ley, a medio de la cual se venía a reconducir al régimen jurídico subvencional la concesión de cualesquiera aportaciones pecuniarias susceptibles de incardinarse en el concepto material u objetivo de subvención, haciendo desaparecer, en consecuencia, la ya tradicional figura de las entregas dinerarias sin contraprestación y prohibiendo explícitamente la concesión de *“subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación”* a cargo de fundaciones y sociedades mercantiles del sector público, con la única salvedad de lo dispuesto para las primeras en la nueva redacción de la adicional decimosexta.

La enmienda de adición 208 fue incorporada en su integridad, en forma de disposición final séptima, al texto del proyecto de LRJSP que, siguiendo con la



---

tramitación parlamentaria, fue remitido al Senado<sup>12</sup>. Será en la fase de tramitación del proyecto de Ley en la Cámara alta, donde se llevará a cabo la desfiguración de la enmienda introducida en el Congreso.

En efecto, la enmienda 282 de Grupo Parlamentario Popular del Senado, de modificación de la disposición final séptima del proyecto de LRJSP, por la que se modifica la LGS, plantea, en cuanto aquí interesa, la supresión del punto uno de la enmienda 208 introducida por el Congreso de los Diputados y, consiguientemente, deja incólume la redacción del artículo 3.2 de la LGS, manteniendo, sin embargo, la modificación de la disposición adicional decimosexta de la misma LGS, en los términos en que finalmente han quedado reflejados en la vigente LRJSP. Huelga decir, llegado este punto, que la “*justificación*” de esta nueva enmienda de modificación se limita a la ritual expresión “*mejora técnica*”<sup>13</sup>.

Así pues, la congruencia interna de la enmienda 208 introducida en el Congreso se desvanece tras el paso del proyecto de Ley por el Senado y no es restablecida en la última revisión del texto llevada a cabo por la Cámara baja. Lo que nos conduce, justamente, a la situación de incertidumbre que nos ocupa, motivada, finalmente, por la apertura de la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan conceder subvenciones públicas, sin cegar, al menos de forma expresa, la posibilidad de que estas mismas entidades puedan seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación con sujeción al derecho privado.

---

<sup>12</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A Núm. 154-4, del día 30 de julio de 2015, Pág. 90.

<sup>13</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Núm. 585, del día 25 de agosto de 2015, Pág. 171.

Elo, no obsta, sin embargo, para que la gestación de la modificación legal que nos interesa y el desarrollo de la misma a través del cauce parlamentario, puedan aportar alguna luz sobre cual haya de ser la interpretación y aplicación de la misma más acorde con la voluntad del legislador (la tradicionalmente conocida como interpretación auténtica de las normas) una vez producida su entrada en vigor.

## **V. PERVIVENCIA O QUEBRANTO DE LA NOCIÓN TRADICIONAL DE SUBVENCIÓN.**

La primera de las cuestiones a examinar, tras la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS, estriba en determinar si la habilitación que comporta para que las fundaciones del sector público puedan ser sujetos activos de la relación subvencional, conlleva un cierto quebranto del concepto tradicional de subvención, en la medida en que este último refiere este instituto jurídico, en tanto paradigma de la potestad administrativa de fomento, al uso exclusivo de las Administraciones Públicas territoriales y sus organismos y entidades dependientes, dotadas de potestad y sujetas, en consecuencia, al derecho administrativo.

Sabido es que las fundaciones del sector público, son entidades de derecho privado, que, sin embargo, forman parte del sector público institucional ex artículo 2.2 de la LRJSP, a las que tradicionalmente les ha sido vedado el ejercicio de potestades administrativas. Buen ejemplo de ello era el contenido del artículo 46.1, a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que, en alusión a las fundaciones del sector público estatal, incluía, entre sus limitaciones, la imposibilidad de ejercer "*potestades públicas*", esto es, aquellas que incluyen poderes exorbitantes al derecho común y que privilegian



---

la posición de la Administración en razón a los intereses a los que presta servicio. Una limitación legal taxativa que no incluía matiz o salvedad alguna y que, hoy, tras la derogación de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por parte de la LRJSP, encontramos explicitada, con ese mismo carácter taxativo, en el artículo 128.2, párrafo segundo, in fine, a cuyo tenor: *“Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas”*.

Partiendo de esta concepción tradicional y legal de las fundaciones del sector público, resulta lógico preguntarse si la atribución a las mismas de la facultad de conceder subvenciones, aún en los estrechos márgenes establecidos en la adicional decimosexta de la LGS, ha supuesto una cierta quiebra del principio de reserva de la subvención a los órganos dotados de potestad pública y, en consecuencia, la existencia de ámbitos concretos del procedimiento de concesión de las mismas (aquellos en los que intervendría la fundación expresamente autorizada para ello: evaluación de las solicitudes, concesión y seguimiento de la aplicación de las ayudas), sujetos, no al derecho público, sino al derecho privado y cuya impugnación en vía judicial, no sería, en consecuencia, objeto del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sino de la jurisdicción civil.

La cuestión reviste, sin duda, cierta complejidad, pues obliga a decidir entre dos polos de excepcionalidad, es decir, entre considerar que la atribución de la facultad de concesión de subvenciones a las fundaciones del sector público constituye una excepción respecto a principio de sujeción de las mismas al derecho público (que afectaría, como se dijo, únicamente a los actos emanados de la fundación dentro de la relación subvencional), o, por el contrario, considerar que tal excepción no afecta al régimen jurídico de la subvención, que seguiría siendo

---

íntegramente público (ya se aplique a los actos o acuerdos adoptados la fundación o por la Administración matriz), sino a la limitación que con carácter general pesa sobre las fundaciones del sector público de no poder ejercer potestades públicas.

Cierto es que tal dilema ha sido directamente obviado por algún autor, por el expeditivo procedimiento de considerar que, en realidad, la disposición adicional decimosexta de la LGS no hace otra cosa que introducir una mera habilitación a las fundaciones del sector público para actuar como “*entidades colaboradoras*” en los procedimientos de concesión de subvenciones. Así, PASCUAL GARCÍA nos dice al respecto cuanto sigue:

*“Frente al texto anterior de la DA 16ª, con arreglo al cual las fundaciones del sector público podían otorgar <<aportaciones dinerarias sin contraprestación>> ajustándose a los principios de la Ley, pero no subvenciones en sentido estricto, la nueva redacción las habilita para conceder subvenciones si bien reserva a los órganos de la Administración que financien la subvención correspondiente o, en su defecto, a los del Protectorado los actos que comportan el ejercicio de potestades administrativas. Con esta previsión las facultades de las fundaciones en orden a la concesión de subvenciones tienen más que ver con las facultades de una entidad colaboradora (art. 12 LGS) que con las propias de una entidad concedente”<sup>14</sup>.*

No compartimos, sin embargo, el criterio interpretativo recién expuesto por varios motivos:

---

<sup>14</sup> PASCUAL GARCÍA, J., *El régimen jurídico de las subvenciones públicas...* op. cit., Pág. 64.



- 
- a) Para empezar, resulta evidente, a nuestro juicio, que si el único propósito de la modificación legal llevada a cabo en la disposición adicional decimosexta de la LGS, hubiera sido el de explicitar la posibilidad de que las fundaciones del sector público actuaran como entidades colaboradoras, habría bastado con decirlo directamente, sin acudir a tan crípticas perífrasis.
- b) Pero es que, además, la posibilidad de que las fundaciones del sector público actúen como entidades colaboradoras, estaba y está ya prevista, sin necesidad de tan nuevas y complejas regulaciones, en el artículo 12 de la LGS, cuyo apartado 2 establece expresamente que *“podrán ser consideradas entidades colaboradoras los organismos y demás entes públicos, las sociedades participadas íntegra o mayoritariamente por las Administraciones Públicas, organismos o entes de derecho público (...), así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan”*.
- c) Y, finalmente, por si las razones indicadas no fueran suficientes, basta repasar lo arriba expuesto en torno a los antecedentes legislativos de la modificación legal de referencia, para percatarse de que el propósito que animó la misma no fue el de explicitar la posibilidad de que las fundaciones del sector público actuaran como entidades colaboradoras (lo que, como ha quedado dicho, era por lo demás innecesario), sino que se trató de dotar a tales fundaciones de la facultad de actuar como entidad *concedente* de la subvenciones, sin perjuicio de que dicha facultad se sujetase a importantes limitaciones (reservando a la Administración matriz las potestades administrativas más relevantes, como las de reintegro o la sancionadora), dada su naturaleza jurídica de entidades de derecho privado. Más aún,

---

recordemos que la enmienda de adición introducida en el Congreso, a medio de la cual se planteó por primera vez la modificación de la LGS por parte de la LRJSP, incluía una referencia explícita a la posibilidad de que las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público pudieran actuar como entidades colaboradoras, en el punto uno, por el que pretendía la modificación del artículo 3.2 de la LGS, al que inmediatamente seguía, en forma de salvedad, lo prevenido respecto a la posibilidad de *conceder* subvenciones, como facultad exclusiva de las fundaciones del sector público en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta. Una propuesta de modificación que, como vimos, fue finalmente suprimida del texto final resultante, al paso del proyecto por el Senado. De lo que cabe colegir, fundadamente, que si el propósito del legislador hubiera sido prever expresamente la posibilidad de que las fundaciones del sector público actuasen como entidades colaboradoras, no parece lógico que habiendo estado expresamente contemplada en la enmienda inicial del Congreso, dicha mención hubiera sido suprimida ex profeso del texto finalmente aprobado.

Así pues, en nuestro criterio, lejos de diluirse (apelando a la mera consideración de las fundaciones del sector público como posibles entidades colaboradoras), la cuestión planteada tiene plena vigencia y exige, en consecuencia, de alguna respuesta, toda vez que, de cual sea el sentido de la misma, se derivarán relevantes corolarios prácticos, empezando por la sujeción al derecho público o al derecho privado de los actos de concesión de las subvenciones que emanen de las fundaciones del sector público.





Pues bien, ponderando los argumentos y las consecuencias que pueden sustentar y derivarse de la posición adoptada, entendemos que la interpretación más acorde a nuestro ordenamiento jurídico es la de considerar que, no obstante el tenor de la disposición adicional decimosexta de la LGS, la subvención sigue siendo un instituto jurídico sujeto íntegramente al derecho administrativo (más allá, naturalmente, de la aplicación supletoria de las categorías propias del derecho privado, común a todo el derecho público), de suerte que lo que se ha establecido a medio de la referida disposición adicional es una excepción singularísima a la limitación que pesa con carácter general sobre las fundaciones del sector público de ejercer potestades administrativas. Y ello, a partir de las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, parece razonable inclinarse por aquella de las dos alternativas menos rupturista del sistema comúnmente aceptado y, ello supuesto, se antoja evidente que el apartamiento de la subvención del régimen jurídico establecido en el derecho administrativo, empezando por la propia LGS y su reglamento de desarrollo, sobre la sola base de su concesión por fundaciones del sector público, conllevaría un apartamiento de su concepción legal y doctrinal, tradicional y comúnmente admitida, de mucha mayor profundidad, que la que supone el reconocimiento de una atribución singular de potestades administrativas en favor de una entidad vinculada o dependiente de las Administraciones, aún actuante de principio en régimen de derecho privado (de lo que no es difícil encontrar otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico), cual es el caso de las fundaciones del sector público, en las que, por definición, priman además los principios de ausencia de ánimo de lucro y orientación al cumplimiento de los fines fundacionales.

b) En segundo término, si, como ya apuntamos ut supra, es posible sostener la concurrencia de una cierta vis atractiva del derecho administrativo en lo relativo al régimen jurídico aplicable a las aportaciones dinerarias realizadas sin contraprestación directa de los destinatarios, cuando las mismas se financien, en último término, con fondos públicos (de lo que es manifestación la sujeción de las entregas dinerarias sin contraprestación a los principios de gestión de las subvenciones, ex artículo 3.2 de la LGS), lógico es concluir que, ante el dilema planteado, habrá de hacerse prevalecer aquella interpretación que favorezca la sujeción del arquetipo de dichas aportaciones dinerarias sin contraprestación –la subvención- al derecho administrativo, con independencia de cuál sea, en este caso, la naturaleza de la entidad concedente.

Así pues, en nuestra opinión, la disposición adicional decimosexta no conlleva, en modo alguno, el apartamiento de los actos de concesión de subvenciones emanados de las fundaciones del sector público (así como de las demás actuaciones que en aplicación de la misma lleven a cabo como parte integrante de la relación subvencional, tales como la valoración de las solicitudes o el seguimiento de la aplicación de las ayudas) del derecho administrativo y, en consecuencia, dichos actos quedan sujetos a las determinaciones establecidas al respecto en la LGS, su reglamento de desarrollo y las demás disposiciones autonómicas vigentes en materia de subvenciones. Debiendo entenderse, por lo tanto, que dicha disposición adicional incluye una habilitación excepcional para que las fundaciones del sector público ejerzan esta concreta potestad administrativa, en los



---

términos y con sujeción a las condiciones, requisitos y limitaciones que en la misma se establecen.

## **VI. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL.**

El segundo de los interrogantes que se derivan de la modificación legal operada en la disposición adicional decimosexta de la LGS por la LRJSP, versa sobre la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan seguir acudiendo, o no, a la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, para articular la realización de prestaciones económicas de esta índole con sujeción al derecho privado.

Y es que, en efecto, podría cuestionarse que tal posibilidad permanezca abierta, tras su habilitación legal para conceder subvenciones, aún dentro de los severos límites que se derivan de la adicional decimosexta de la LGS, y una vez desaparecida la referencia explícita a dicha facultad que se contenía en la misma disposición adicional con anterioridad a su modificación.

En relación con esta cuestión, parece plausible concluir que la reforma operada en la adicional decimosexta de la LGS, a cuyo través se habilita a las fundaciones del sector público para ser sujeto activo de la relación subvencional, no ha conllevado una correlativa inhabilitación para la realización de entregas dinerarias sin contraprestación con sujeción al derecho privado. Y ello, por las siguientes razones:

- a) En primer término, porque la realización de entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público, sigue teniendo amparo en el artículo 3.2 de la LGS –que forma parte,

---

como es sabido, de la legislación estatal básica-, que contempla expresamente la consumación de tales entregas a cargo de *“organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (...) que se rijan por el derecho privado”*. Una definición orgánica en la encuentran perfecto encaje las fundaciones del sector público.

Una previsión que, por lo demás, resulta explícita en el artículo 5 del RLGS, que no parece pueda considerarse derogado tácitamente tras la entrada en vigor de la disposición final séptima de la LRJSP, en ausencia de oposición frontal de aquél con lo dispuesto en esta última.

- b) En segundo término, porque la interpretación auténtica de la disposición final séptima de la LRJSP de modificación de la LGS, que cabe inferir de los antecedentes legislativos que condujeron a su promulgación, nos traslada a la misma conclusión, ya que, como se recordará, la prohibición expresa de que fundaciones y sociedades mercantiles del sector público pudieran conceder *“subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación”* (con la única salvedad de las subvenciones a conceder por las fundaciones, a tenor de la disposición adicional decimosexta de la LGS), que se encontraba expresamente incluida en la enmienda de adición planteada en el Congreso, a medio de la cual se introdujo por vez primera en la LRJSP una disposición final de modificación de la LGS, fue finalmente suprimida durante la tramitación del proyecto en el Senado y, en suma, del texto legal promulgado. De lo que resulta lícito inferir la determinación del legislador en orden al



---

mantenimiento de las entregas dinerarias sin contraprestación como figura susceptible de utilización por las fundaciones del sector público.

- c) Y, finalmente, aún con un alcance ya limitado al ámbito normativo autonómico, no puede dejar de advertirse que las disposiciones autonómicas vigentes en materia de subvenciones suelen incluir la previsión expresa de la concesión de entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público regional<sup>15</sup>. Sin que tales previsiones puedan considerarse contrarias a la legislación básica, al no contemplarse ninguna prohibición expresa al efecto en la LGS ni en el RLGS.

Sentado, pues, que las fundaciones del sector público pueden seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación, a la par que se encuentran legalmente habilitadas para la concesión de subvenciones ex disposición adicional decimosexta de la LGS, se hace obligado dirimir en qué circunstancias o bajo qué condiciones habrá de acudirse a una u otra figura (entrega dineraria sin contraprestación o subvención) como cauce de articulación de las ayudas dinerarias sin contraprestación directa a cargo de tales fundaciones.

## **VII. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN, A CARGO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.**

---

<sup>15</sup> Para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, véase lo establecido, al respecto, en el artículo 70.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre; así como en el artículo 5 del Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto 21/2008, de 5 de febrero.

La opción que, en hipótesis, se abre a las fundaciones del sector público de encauzar aquellas prestaciones dinerarias sin contraprestación directa que satisfagan los fines fundacionales, a través del instituto jurídico de la subvención (vía disposición adicional decimosexta de la LGS) o mediante la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación (ex artículo 3.2 de la misma LGS, artículo 5 del RLGS y demás preceptos habilitantes de la normativa autonómica en materia de subvenciones), impone la delimitación del ámbito de aplicación propio de cada una de estas dos categorías, por cuanto ha de darse por sobreentendido que la canalización las mismas por una u otra (con las decisivas consecuencias que comporta respecto al régimen jurídico aplicable) no puede dejarse, sin más, al simple arbitrio de la entidad concernida, so pena de desvirtuar, enteramente, el carácter imperativo que cabe predicar del derecho público.

La aproximación a este problema nos revela que la principal dificultad para delimitar el campo de aplicación propio de cada figura estriba, justamente, en la ausencia de una verdadera diferenciación material o sustantiva entre las mismas, tal y como hemos venido subrayando a lo largo de esta exposición.

Es cierto que, como también apuntamos, podría especularse con la posibilidad de buscar tal diferencia sustantiva en torno a la naturaleza del fin a que responderían ambos institutos. Así, podría argumentarse que mientras los fines a cuya satisfacción se encamina la subvención serían los propios de las Administraciones Públicas territoriales, entendiéndose esencialmente por tales los de utilidad pública o interés social, servidos por las concretas competencias que se atribuyen a los poderes públicos concedentes; las entregas dinerarias



---

sin contraprestación se vincularían, por el contrario, a los específicos fines fundacionales, estatutarios o sociales de las entidades que las realizan.

Sin embargo, si bien no cabe descartar a priori la concurrencia de algunos supuestos en los que resulte posible discernir con la suficiente claridad los fines a cuyo servicio ejerce sus competencias la Administración matriz y aquellos otros fines fundacionales propios de la fundación vinculada o dependiente de dicha Administración, no cabe duda de que en la mayor parte de los casos tal distinción resultará muy difícil, cuando no puramente quimérica. No en vano, el artículo 128 de la LRJSP, delimita las actividades propias de las fundaciones del sector público estatal, en su apartado 2, estableciendo que lo son "*...las realizadas sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de los fines de interés general*", y subrayando que "*únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público 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*". Se pone así de manifiesto el natural solapamiento de los fines propios de las fundaciones del sector público con aquellos que lo son de la Administración a la que están adscritos.

Inoperante el criterio teleológico para servir de pauta diferenciadora del ámbito de aplicación de subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación, y descartado cualquier otro factor material u objetivo capaz de perfilar una perimetro fiable para una y otra figura, se hace obligado acudir a otro tipo de argumentos que nos permitan marcar, al menos, la relación de prioridad entre una y otra, en orden a su empleo por las fundaciones del sector público como cauce para la aplicación de las ayudas dinerarias sin contraprestación directa que hayan

---

de articular a su cargo, en orden al cumplimiento de sus fines.

En la construcción de esta relación, debe jugar, a nuestro juicio, un papel determinante esa vis atractiva del derecho administrativo en relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a cualesquiera prestaciones pecuniarias gratuitas sufragadas con cargo al erario público, de la que hemos hablado repetidamente a lo largo de este artículo. Un principio que se manifiesta, de entrada, por la mera inclusión de las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las entidades públicas de derecho privado en un texto legal inequívocamente integrante del derecho administrativo positivo y que se encuentra en la base de la sujeción de tales entregas dinerarias sin contraprestación a los principios de gestión de las subvenciones públicas, conforme a lo dispuesto en los artículos 3.2 y 8.3 de LGS.

Partiendo de este principio, parece lícito colegir la atribución a las entregas dinerarias sin contraprestación de un papel secundario, respecto a las subvenciones, como instrumento legal al servicio de la potestad de fomento de los poderes públicos. Un rol auxiliar o residual derivado de su apartamiento del derecho administrativo y solo sostenido en virtud de la naturaleza jurídica de las entidades que operan como sujeto activo de tales entregas; huérfanas, con carácter general, de potestades administrativas y carentes, en consecuencia, de los atributos esenciales para ser protagonistas activos de relaciones jurídico administrativas, al no disponer de las prerrogativas propias de la Administración Pública.

Supuesto lo anterior, deviene obligado concluir que la realización de prestaciones dinerarias gratuitas para el cumplimiento de sus fines por parte de las fundaciones





del sector público debe articularse preferentemente a través del instituto de la subvención y con sujeción, por lo tanto, al derecho administrativo, en el marco de lo preceptuado por la disposición adicional decimosexta de la LGS. En tanto que las entregas dinerarias sin contraprestación desempeñarían, únicamente, una función subalterna. De suerte que solo estaría justificado acudir a estas últimas, por parte de las fundaciones del sector público, cuando el recurso a la figura de la subvención no fuese posible por alguna de las siguientes razones:

- a) Por la eventual divergencia entre los fines fundacionales que se pretenden satisfacer mediante la concesión de las ayudas, y aquellos de utilidad pública o interés social que sean propios del órgano administrativo al que las fundaciones estén adscritas. Supuesto de improbable concurrencia en la práctica - como se ha venido apuntando-, toda vez que, como cabe suponer, la generalidad de los fines singulares de las fundaciones del sector público, serán reconducibles o subsumibles con naturalidad dentro los propios de utilidad pública o interés social del órgano administrativo al que estén adscritos.
- b) Porque, en atención al carácter de las prestaciones dinerarias sin contraprestación directa que se pretendan llevar a cabo, la naturaleza de sus beneficiarios, la determinación o selección de los proyectos a financiar, su forma de aplicación o justificación y demás trámites de imperativa observancia, la aplicación integral a las mismas de la normativa vigente en materia de subvenciones públicas obste o dificulte significativamente la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos y derechamente vinculados al fin fundacional.

---

Al margen de tales supuestos, cuya concurrencia, huelga decirlo, habría de quedar suficientemente acreditada en cada caso, entendemos que el recurso a figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, por parte de las fundaciones del sector público, debiera resultar improcedente, en virtud del meritado carácter residual de esta categoría respecto al instituto preferente de la subvención.

### **VIII. CONCLUSIONES.**

En razón a cuanto ha quedado expuesto, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

- La modificación de la disposición adicional decimosexta de la LGS, llevada a cabo por la disposición final séptima de la LRJSP, supone una habilitación excepcional de las fundaciones del sector público para el ejercicio de la potestad administrativa de fomento, dentro de los límites establecidos en aquélla, que incluyen una rigurosa tutela de tal ejercicio a cargo de la Administración matriz.
- Dicha modificación legal no quebranta, en consecuencia, la noción tradicional de subvención, como instituto reservado a los poderes públicos dotados de potestades administrativas y sujeto, íntegramente, al derecho administrativo (más allá de la general aplicación supletoria del derecho privado).
- Este cambio normativo no veda la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan seguir acudiendo a la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, pero obliga a delimitar el ámbito de aplicación de esta categoría respecto al propio de la subvención.



- Dada la ausencia de un criterio material o sustantivo útil para discriminar el campo de actuación de subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación, la relación entre ambas figuras debe construirse sobre la priorización del empleo de las primeras respecto a las segundas, en virtud de la vis atractiva del derecho administrativo en relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a cualesquiera prestaciones pecuniarias gratuitas sufragadas con cargo a fondos públicos. De suerte que el recurso a las entregas dinerarias sin contraprestación –y, por ende, al derecho privado– por parte de las fundaciones del sector público, para articular ese tipo de ayudas, solo será posible con carácter residual y, en consecuencia, excepcional. Limitándose a aquellos supuestos en los que el fin fundacional perseguido no sea subsumible dentro los fines de utilidad pública o interés social propios del órgano administrativo de adscripción, o en los que la aplicación integral del régimen jurídico propio de las subvenciones obste o dificulte significativamente los objetivos legítimamente perseguidos e inmediatamente relacionados con el fin fundacional.

No es nuestro propósito, sin embargo, cerrar el debate en torno a las cuestiones planteadas, sino justamente el contrario: contribuir a abrirlo, a fin de que puedan alumbrarse más y mejores interpretaciones, que orienten la solución más satisfactoria en los procesos de modificación normativa (estatal y autonómica) que el cambio legal de referencia hace indispensables.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 48, 1949.

---

CORTELL GINER, Robert P. *El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público*. Revista Española de Control Externo. Vol. XI, nº 32, 2009.

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro. *Entregas dinerarias sin contraprestación concedidas por las fundaciones públicas*. Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2009.

PASCUAL GARCÍA, José. *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Ediciones Boletín Oficial del Estado, sexta edición, 2016.



**Castilla-La Mancha**

Gabilex  
Nº 8  
Diciembre 2016  
[www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)

---