

Miguel Ángel Busquets López

Jefe del Departamento Jurídico y Administrativo
Consejería de Economía, Hacienda e Innovación

Estudio sobre los criterios a seguir en los expedientes de transferencias a consorcios y fundaciones

Estudio sobre los criterios a seguir en los expedientes de transferencias a favor de consorcios y fundaciones en los que la participación de la administración no es mayoritaria, en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears¹

I. ENTES INSTRUMENTALES Y CRITERIOS DE DEPENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS

A) Sociedades de capital y otras sociedades civiles y mercantiles

En primer término ha de indicarse que cada una de las formas de personificación susceptibles de integrar la Administración instrumental o el sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears participa de distintos criterios en lo que respecta a la delimitación de los parámetros que determinan dicha integración o dependencia. Así, y además de las entidades autónomas y de las entidades de derecho público sometidas al derecho privado a que se refiere el artículo 1.a) y 1.b).1 de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears², cuya dependencia es absoluta y única en la medida en que se trata de entidades creadas *ex lege* en virtud de la potestad normativa (legal o reglamentaria) de los órganos competentes de la Comunidad Autónoma, cabe distinguir entre sociedades civiles o mercantiles, fundaciones y consorcios.

¹ Aunque este estudio se centra en el ordenamiento jurídico aplicable a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, lo cierto es que es perfectamente extrapolable a otros ámbitos autonómicos, e incluso locales, atendida la existencia de una tipología similar de entidades instrumentales integrantes del sector público (estatal, autonómico o local) y el carácter básico de las normas relativas al ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

² Equivalentes a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales, respectivamente, a que se refieren la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local.

En el primer caso se considera que una sociedad depende de la Administración de la Comunidad Autónoma cuando la participación en el capital de la sociedad de la Administración autonómica y/o de otras entidades dependientes de ésta es mayoritaria. En este punto conviene advertir ya una cuestión que va a tener incidencia en las conclusiones a que llegaremos posteriormente en relación con las aportaciones a consorcios y fundaciones, a saber, que la Ley 3/1989 no distingue entre las sociedades (mercantiles) con el capital social dividido en acciones (anónimas o comanditarias por acciones) o en participaciones (limitadas) y el resto de sociedades mercantiles (comanditarias simples y colectivas) y civiles en las que el capital social no viene representado en títulos que, a su vez, constituyan activos financieros para sus titulares (socios); y ello es así porque en este último caso también existe una cifra de "capital social", con la particularidad de que se trata de una magnitud variable que expresa el valor de los fondos propios o patrimonio neto de la entidad en cada momento del tiempo, por diferencia entre el valor del activo (bienes o derechos reales y derechos de crédito titularidad de la sociedad) y del pasivo exigible (obligaciones a cargo de la sociedad).

Pues bien, y al margen ahora de la cuestión relativa a la incidencia en este ámbito de la reforma del derecho de sociedades que ha dado lugar a la disociación del derecho de voto y la titularidad de acciones representativas del capital social (para el caso de las acciones sin voto), el carácter mayoritario o no de la participación de un socio (en nuestro caso, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears) en una sociedad anónima (o comanditaria por acciones) o limitada es, en principio, fácil de determinar, por referencia al valor nominal de las acciones o participaciones de las que sea titular respecto el valor total del capital social, de forma que la dependencia o integración en el sector público autonómico tiene

lugar siempre que esta participación supere el 50% de la cifra de capital social de la entidad.

Con respecto al resto de sociedades mercantiles, y las civiles, esta delimitación deviene ciertamente más compleja, pero igualmente necesaria, puesto que, en todo caso, resulta imprescindible determinar a ciencia cierta cuándo la participación autonómica en la sociedad es mayoritaria y, por tanto, cuándo la sociedad depende o se integra en el sector público autonómico (con la importante consecuencia de que, en tal caso, y como se dirá más adelante, todas las transferencias que la sociedad pueda recibir de la Comunidad Autónoma se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la legislación subvencional)³. Ciertamente, hoy en día, no es habitual la participación en este tipo de formas societarias, pero su análisis resulta especialmente relevante en la medida en que, como veremos posteriormente, las conclusiones a que llegaremos en este punto pueden predicarse en buena medida a otras formas jurídicas, como es el caso de las fundaciones y los consorcios.

En este sentido cabe decir en primer lugar que, aunque el socio de estas sociedades no disponga de un activo "financiero", sí que tiene derecho a la cuota de patrimonio neto que le corresponda en función de sus aportaciones, disfrutando, por ello, de un derecho de crédito (cuando menos futuro) frente a la sociedad susceptible de valoración económica, perfectamente cuantificable (y liquidable, al menos en caso de disolución de la entidad), de una forma análoga al denominado "valor teórico" o valor neto contable de una acción o participación para el caso de las sociedades anónimas y limitadas, que también se calcula en función de los fondos propios o patrimonio neto de la sociedad (y no tan sólo de la cifra, estática en este caso, del capital social).

Lo anterior permite extraer una primera importante conclusión, a saber, que las aportaciones que realice la Comunidad Autónoma a este tipo de

³ Vid. artículo 2.3.c) del Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma; y artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones tras la reforma operada por la Disposición final octava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

sociedades en concepto de capital (o, en general, de socio) no pueden considerarse como subvenciones, entre otras razones, porque no constituyen, en esencia, aportaciones a título gratuito, y ello, evidentemente, sin perjuicio de la obligación de la entidad destinataria de contabilizar correctamente (en la cuenta de capital, en la cuenta corriente con socios, o en la cuenta que proceda, según los casos) el crédito actual o futuro a favor del socio que resulte de la aportación. Frente a ello no puede argumentarse que, normalmente, estas sociedades devienen deficitarias, de forma que el valor teórico o contable neto a favor del socio derivado de una eventual liquidación suele ser inferior al valor de las aportaciones, porque este mismo argumento es perfectamente extrapolable a las sociedades anónimas o limitadas de capital público en las que también se puede incurrir en valores teóricos (o netos) inferiores a la cifra de capital social, amén de las eventuales aportaciones de los socios para cubrir pérdidas.

Tampoco puede interpretarse que, en estos casos, no hay ninguna contraprestación "directa" en los términos literales del artículo 2.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁴ y del Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma⁵, pues tal referencia legal pretende, simplemente, remarcar que la subvención, aunque implique determinadas obligaciones a cargo del beneficiario (como cualquier donación modal o con carga, si bien de derecho público y no de derecho privado), tiene una causa esencialmente gratuita, implicando una disminución patrimonial para el concedente y un incremento patrimonial para el beneficiario, de forma que estas obligaciones no constituyen ninguna "contraprestación" en el sentido que este concepto tiene en los negocios jurídicos a título oneroso. En este sentido consideramos que no es razonable entender que hay una contraprestación directa cuando la aportación al capital de una sociedad

implica la emisión de determinados títulos (acciones o participaciones) a favor de los socios, constitutivos de activos financieros, y no cuando este "activo" es un simple derecho de crédito sobre una cuota ideal del patrimonio de la sociedad.

Ahora bien, lo que sí es cierto es que la ausencia de una cuenta de capital estática (con una correspondencia exacta con unos títulos financieros a favor de los socios) impide calcular el carácter mayoritario o no de la participación de un socio (en este caso, la Comunidad Autónoma) en función del valor nominal de estos títulos (inexistentes), sin que tampoco pueda considerarse, a tal efecto, el valor teórico de la participación en la entidad que, como acabamos de decir, puede ser nulo o, incluso, negativo. En este sentido, y a nuestro juicio, el cálculo de la participación en el capital de estas sociedades debe determinarse a partir de la aportación inicial de los socios a la sociedad y de las aportaciones sucesivas que puedan efectuarse en concepto de "capital", bien directamente (con abono a esta cuenta), bien indirectamente (con abono a cuentas de pérdidas, resultados negativos de ejercicios anteriores u otros activos ficticios). Esto implica excluir, evidentemente, otras aportaciones, como por ejemplo los préstamos reintegrables y otras a título oneroso que impliquen un crédito actual del socio (imputables a la cuenta corriente con socios o similar), así como las aportaciones a título gratuito (o subvenciones) que, en su caso, pueda recibir la sociedad por parte de la Comunidad Autónoma en concepto de Administración (esto es, en el ejercicio de una determinada competencia en materia de fomento) y no en concepto de socio, y que, en el caso de sociedades no dependientes, devendrían sujetas al ámbito de aplicación de la legislación subvencional.

B) Fundaciones y consorcios

En relación a las fundaciones y consorcios, los criterios de dependencia los encontramos en el artículo 1.3.e) del Texto refundido de la Ley de

⁴ Boe núm. 276, de 18 de noviembre.

⁵ Vid. Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Subvenciones, publicado en el Boletín Oficial de las Illes Balears (Boib) núm. 196, de 31 de diciembre.



Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁶ y en la Disposición adicional primera del Texto refundido de la Ley de Subvenciones, en cuanto a las fundaciones, y en el artículo 85.4 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁷, en lo que respecta a los consorcios.

Así, y con relación a las **fundaciones**⁸, la citada normativa establece un criterio dual de dependencia, de forma que una fundación se considera dependiente de la Comunidad Autónoma, tanto en el supuesto en que ésta haya realizado la dotación inicial mayoritaria (como fundador), como en el caso

de que, posteriormente, la Administración autonómica (fundadora o no) realice aportaciones patrimoniales con el fin de incrementar la dotación inicial (vid. artículo 12.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones) que implique una dotación mayoritaria respecto a la dotación total⁹. En este sentido, la dotación constituye un concepto jurídico y contable equivalente al capital social de las sociedades, que se acerca, por un lado, al de las sociedades mercantiles anónimas y limitadas en lo relativo a su carácter estático (de manera que la dotación no constituye la única magnitud contable representativa del patrimonio neto de la entidad,

⁶ Vid. el Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 98, de 28 de junio); y la corrección de errores publicada en el BOIB núm. 104, de 12 de julio.

⁷ BOIB núm. 44, de 3 de abril de 2003.

⁸ Todas las referencias a las fundaciones contenidas en el presente estudio se limitan a las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de fundaciones, con exclusión, por tanto, de las denominadas fundaciones públicas sanitarias, las cuales constituyen auténticas entidades de derecho público, creadas *ex lege*, equivalentes a las entidades públicas empresariales (vid. Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud; BOE núm. 100, de 26 de abril; y artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

⁹ Vid. en el mismo sentido, la Disposición adicional decimosexta de la Ley General de Subvenciones y el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27 de diciembre).

sino también las reservas, los excedentes no aplicados, etc.¹⁰), y, por otro, al de las sociedades mercantiles de personas y civiles en lo que respecta a la inexistencia de títulos representativos del capital (o dotación) constitutivos de un activo financiero para su titular.

Si esto es así, lo cierto es que, en principio, las aportaciones que en concepto de dotación pueda realizar la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a favor de una fundación (no dependiente) no pueden considerarse como subvención, aunque no se reciba a cambio ningún activo "financiero" (y, en consecuencia, no puedan imputarse al capítulo VIII del presupuesto de gastos, relativo a los activos financieros *strictu sensu*)¹¹, por los mismos motivos que ya hemos explicado en relación con el capital social de las sociedades civiles y mercantiles que no sean anónimas ni limitadas.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 33.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y a diferencia de las sociedades civiles o mercantiles, no puede obviarse que el patrimonio neto de una fundación, en caso de liquidación, no puede ser objeto de reparto, sin ningún límite, entre los fundadores y/o quienes hayan realizado aportaciones en concepto de dotación, pues, en todo caso, dicho patrimonio neto debe destinarse al cumplimiento de finalidades de interés general. Pero en el caso de una Administración pública, justamente, se verifica plenamente esta condición (vid. apartado 3 del mencionado artículo 33), de manera que, en buena lógica, cabe suponer que la liquidación de la fundación habrá de revertir a la Comunidad Autónoma en la parte proporcional correspondiente a sus aportaciones dotacionales.

De acuerdo con ello, tan sólo en el supuesto de que de los estatutos de la fundación se desprenda claramente otra cosa (de manera que la Comunidad Autónoma, directamente o a través de otra fundación destinataria de los activos, no vaya a tener ningún derecho sobre los bienes y/o derechos resultantes de una futura liquidación) cabe entender que las aportaciones patrimoniales a la fundación, aunque se realicen formalmente en concepto de dotación (por ejemplo, por aplicación del artículo 12.4 de la Ley 50/2002, antes citado), devienen sujetas al ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones, en la medida en que verifiquen los criterios a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones y del Texto refundido de la Comunidad Autónoma, y ello sin perjuicio de que, como consecuencia de tales aportaciones patrimoniales sucesivas, la fundación pueda acabar siendo dependiente de la Comunidad Autónoma (de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.3.e) del Texto refundido de la Ley de Finanzas antes citado), momento a partir del cual habrá que tener en cuenta la exclusión que prevé el artículo 2.3.c) del Texto refundido de la Ley de Subvenciones (y el artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones) en relación con los entes instrumentales o dependientes de la Administración autonómica, integrantes de su sector público.

En efecto, y con un carácter más general, no ha de olvidarse que la subvención no siempre tiene por qué financiar la ejecución de un proyecto concreto (dentro de una pluralidad de actuaciones del beneficiario), sino también, como indica el mencionado artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones y del Texto refundido (y entre otras situaciones subvencionables, incluso de carácter indemnizatorio¹²), la

¹⁰ Vid. Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, que aprueba las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin finalidades lucrativas.

¹¹ Vid. artículo 36 del Decreto 75/2004, de 27 de agosto, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley de Finanzas y de las leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 122, de 2 de septiembre).

¹² Vid. el Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, que regula las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión (BOE núm. 67, de 19 de marzo).

realización de cualquier actividad de utilidad pública o de interés social, de manera que nada impide que, mediante una subvención, se coadyuve a la financiación del conjunto de actividades de determinados tipos de entidades (por ejemplo, una subvención para sufragar una parte de la generalidad de los gastos corrientes de algunas fundaciones o asociaciones sin ánimo de lucro), siempre que estas actividades verifiquen, todas ellas, la finalidad o finalidades públicas objeto de subvención.

Lo anterior es extensible igualmente a las denominadas vulgarmente "cuotas de socio" a favor de determinadas entidades para colaborar en su financiación general (por ejemplo, fundaciones u organizaciones no gubernamentales), las cuales no implican, realmente, ningún crédito actual o futuro del "socio" sobre el patrimonio neto de la entidad destinataria, como así se deduce, a *sensu contrario*, del artículo 2.3 de la Ley General de Subvenciones y del artículo 2.4.c) del Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio¹³, a los que nos remitimos, y a tenor de los cuales tan sólo se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley este tipo de cuotas en dos supuestos tasados.

Dicho de una forma todavía más general, y esta conclusión puede hacerse extensiva a cualquier forma jurídica (fundación o no) entendemos que,

entre las aportaciones estrictamente patrimoniales y las subvenciones, difícilmente puede encontrarse algún *tercium genus*, de manera que cualquier financiación de una administración pública a favor de cualquier entidad que constituya una aportación esencialmente a título gratuito debe reconducirse necesariamente a la figura de la subvención, sin que, por otra parte, la Administración pueda efectuar donaciones simples o de derecho privado con un ánimo puro de liberalidad¹⁴, ni tampoco transferencias de derecho público de carácter global o indiferenciado al margen de la Ley de Subvenciones, entre otras razones porque así se desprende, también a *sensu contrario*, de los artículos 2.2 de la Ley General de Subvenciones y 2.3.d) del Texto refundido de la Comunidad Autónoma, que solamente lo permiten cuando el destinatario sea otra administración pública o una entidad dependiente de ésta, todo ello sin perjuicio de la interpretación ciertamente extensiva de esta exclusión (particularmente en lo que se refiere a los consorcios) que se desprende de un Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 17 de abril de 2007, sobre el que volveremos más adelante en la letra C) del presente epígrafe.

Con respecto a los consorcios, ya hemos dicho que el artículo 85.4 de la Ley de Régimen Jurídico



¹³ BOE núm. 176, de 25 de julio.

¹⁴ Vid. el Fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 (RJ 5324\1988).

de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears fija los criterios que delimitan su sujeción al ordenamiento autonómico. Estos criterios, a nuestro juicio (y amén de lo que se dirá posteriormente desde el punto de vista de la legislación de finanzas), determinan, a su vez, si un determinado consorcio ha de considerarse o no "dependiente" de la Comunidad Autónoma o, lo que es lo mismo, si constituye o no un ente instrumental de la Administración autonómica balear.

Así, de acuerdo con el citado precepto legal, la sujeción a la normativa autonómica tiene lugar cuando se verifique cualquiera de dos circunstancias¹⁵, a saber, que la mayor parte de su "financiación" provenga de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, o que esta Administración, por la razón que sea (normalmente porque así lo prevean sus estatutos), tenga la facultad de nombrar a más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección del ente.

En estos casos, ciertamente, la dificultad interpretativa se centra en el primero de estos criterios, esto es, en la delimitación de lo que ha de entenderse por "financiación" a estos efectos. Pues bien, a nuestro juicio (y ante la carencia de normativa contable aplicable, con carácter general, a estos entes, esencialmente estatutarios), la respuesta a esta cuestión debe ser la misma que ya hemos visto en relación con las sociedades civiles y mercantiles que no sean anónimas ni limitadas. Así, los consorcios, como cualquier persona física o jurídica, son titula-

res de derechos (activos) y obligaciones (pasivos exigibles) y, por tanto, disfrutan de un patrimonio neto, "capital" o "fondos propios" (entendido en un sentido amplio, es decir, con independencia de que tenga lugar o no una aportación inicial mínima en concepto de capital o dotación inicial) que, en pura teoría (y salvo que se indique otra cosa en los estatutos del consorcio), constituye un derecho de contenido económico a favor de las entidades consorciadas, perfectamente cuantificable y liquidable, al menos en caso de disolución del consorcio.

En este sentido, la financiación a que se refiere el artículo 85.4 de la Ley autonómica 3/2003 ha de interpretarse, según nuestro parecer, como una financiación en concepto de "capital", en los mismos términos que hemos indicado anteriormente para las sociedades civiles y mercantiles de capital variable (vid. el artículo 2.1.h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en relación con el artículo 1665 del Código civil¹⁶), con exclusión, por tanto, y entre otros conceptos, de las subvenciones en sentido estricto que también pueda recibir el consorcio de la Administración autonómica al margen de su condición de miembro de la entidad, las cuales constituirían un ingreso ordinario del consorcio imputable directamente (o con el diferimiento que corresponda en el caso de subvenciones de capital plurianuales) a su cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, los eventuales ingresos por subvenciones no deben computarse a efectos de fijar una eventual "dependencia" futura

¹⁵ Por su parte, y en relación con los consorcios integrantes del sector público de la Administración General del Estado, el artículo 2.1.h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, viene a exigir estos dos mismos requisitos, si bien de forma cumulativa y no meramente alternativa.

¹⁶ A nuestro juicio, la referencia al compromiso de "financiación" contenida en el artículo 2.1.h) de la Ley General Presupuestaria tan sólo pretende cubrir el supuesto de falta o insuficiencia de aportación inicial de capital (bienes, dinero o industria), sin alterar la naturaleza de tales aportaciones posteriores, que también han de serlo en concepto de capital. En defensa de esta interpretación puede invocarse, también, la Disposición adicional novena de la propia Ley General Presupuestaria, la cual (a otros efectos en relación con el régimen jurídico de los consorcios no dependientes de ninguna Administración territorial matriz) menciona, además de estos dos criterios, un tercer criterio adicional (si bien se ubica el primero de todos ellos) relativo al mero hecho de ser financiados mayoritariamente por diversas administraciones públicas, con la evidente intención de incluir, a los efectos de dicha Disposición adicional, cualquier otra "financiación" distinta a la financiación en concepto de capital (como puedan ser, en este caso, las subvenciones para la financiación de gastos corrientes o de inversión).

del consorcio desde el punto de vista de la financiación "mayoritaria" a que se refiere el citado artículo 85.4 de la Ley 3/2003. En efecto, la dependencia o no de un ente (ya sea un consorcio, ya sea o una fundación o sociedad) exige, en buena lógica, su control real, bien por la vía del control de sus órganos de gobierno, bien por la vía de la participación mayoritaria en el patrimonio neto de la entidad, lo cual no se verifica en el caso de aportaciones que constituyan simples subvenciones (con la salvedad de algún supuesto totalmente excepcional, como el que resulta de lo indicado en el quinto párrafo de este mismo epígrafe B) en relación con las fundaciones).

En resumen, la respuesta al tratamiento que, desde el punto de vista jurídico, debe darse a las aportaciones a favor de fundaciones o consorcios que, de acuerdo con la delimitación legal aplicable en cada caso, no dependan de la Administración autonómica, no es unívoca, ya que, a diferencia de las entidades dependientes o instrumentales (las aportaciones a favor de las cuales, sean o no materialmente "subvenciones", se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la ley en todo caso¹⁷), ha de tenerse en cuenta la naturaleza real de cada una de las aportaciones o transferencias. Así, las transferencias que, objetivamente, constituyan auténticas subvenciones desde el punto de vista del concepto de subvención¹⁸, en los términos relativamente amplios que se han indicado anteriormente, quedan sometidas al ámbito de aplicación (objetivo) de la legislación subvencional. En caso contrario ha de aplicarse el régimen jurídico que resulte procedente de conformidad con los instrumentos o negocios jurídicos que justifiquen la aportación o transferencia en cada caso concreto, pudiendo considerarse a tales efectos las pautas que se indican al final de este estudio, en sede de conclusiones.

Dicho en otras palabras, ha de analizarse, caso por caso, la finalidad o la causa de la transferencia para averiguar si ésta se hace esencialmente a título gratuito (verificando el concepto de subvención) o no (como por ejemplo a título de aportación patrimonial a los fondos propios del ente destinatario de la transferencia), debiendo tenerse en cuenta, en este último caso, que ha de surgir a favor del aportante (de forma expresa o cuando menos tácita) un derecho correlativo de contenido económico (en forma de activo financiero o no) sobre el patrimonio neto de la entidad, ya que, de lo contrario, como se ha dicho, la aportación ha de reconducirse necesariamente a la figura de la subvención, salvo que resulte aplicable alguna de las causas tasadas de exclusión del ámbito de aplicación de la Ley, particularmente las referidas en el artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones y en las letras d) y e) del artículo 2.3 del Texto refundido autonómico, que pasamos a analizar.

C) Análisis particular de las exclusiones relativas a las aportaciones a favor de otras administraciones públicas y las derivadas de convenios de colaboración interadministrativos

Por lo que se refiere a estas causas de exclusión, de carácter esencialmente subjetivo, cabe recordar, en primer término, que la exclusión prevista en el artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones y en el artículo 2.3.d) del Texto refundido de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, relativa a la financiación global o indiferenciada a favor de otras administraciones públicas, afecta, no tan sólo a las administraciones territoriales (como puedan ser los Consejos Insulares¹⁹ o los Ayuntamientos), sino también a sus entes dependientes (entre los cuales se pueden incluir fundaciones o consorcios integrados en el sector público local de un determinado Consejo Insular o Ayuntamiento) e, incluso,

¹⁷ Vid. artículo 2.3.c) del Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma; y artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones tras la reforma operada por la Disposición final octava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

¹⁸ Vid. artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones y del Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma.

¹⁹ O, en otros ámbitos territoriales distintos a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, las Diputaciones Provinciales o los Cabildos.

a otras administraciones no territoriales, como los consorcios²⁰ no integrados dentro de ninguna entidad territorial matriz (por razón de no verificar los requisitos de dependencia respecto de ninguna de las administraciones territoriales consorciadas), los cuales pueden considerarse, por sí mismos, como administración pública, al tratarse de entidades de derecho público susceptibles de ejercer potestades administrativas (en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En este último sentido se pronuncia, asimismo, un Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 17 de abril de 2007, emitido a raíz de una consulta efectuada por la Intervención Delegada en el Ministerio de Economía y Hacienda, a cuyo tenor la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones que prevé el artículo 2.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (después de la modificación de dicho precepto resultante de la Disposición final octava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), en relación a las aportaciones que se realicen a favor de otras administraciones públicas a los efectos de financiar globalmente su actividad, incluye a estos consorcios "independientes" o "apátridas", siempre y cuando se trate de consorcios que, de acuerdo con sus estatutos, se sometan a la Ley General Presupuestaria (o, cabe suponer, por extensión, a la legislación de finanzas de una Comunidad Autónoma o a la legislación reguladora de las Haciendas Locales, según sean las administraciones territoriales integradas en el consorcio) en todo lo referido a su régimen presupuestario, financiero, contable y de control.

De este modo, la Intervención General de la Administración del Estado viene a entender que la aplicación de un régimen jurídico de derecho público a estos consorcios verifica suficientemente las exigencias de control de su actividad financiera, pudiendo considerarse plenamente como "administración pública" a los efectos de excluir de la Ley de Subvenciones las transferencias globales que, para su financiación general, puedan recibir de las administraciones consorciadas, aunque se trate de consorcios que no dependan de ninguna de ellas en particular.

Precisamente por ello no acaba de comprenderse muy bien la referencia que se contiene al final de dicho Informe en el sentido de exigir, adicionalmente, que tales consorcios se integren en los presupuestos generales de la Administración del Estado (o, cabe entender, de cualquier otra de las administraciones consorciadas), ya que este segundo requisito no tiene sentido para estos consorcios "apátridas", los cuales, por definición, no verifican los requisitos de dependencia que justifican, legalmente, dicha integración (y que, para el caso de la Administración General del Estado, se contienen en el artículo 2.1.h) de la Ley General Presupuestaria). En cualquier caso, en el supuesto particular de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, esta última exigencia pierde todavía más su sentido en la medida que, como veremos posteriormente, ni siquiera los consorcios dependientes de esta Comunidad Autónoma se integran en los presupuestos generales autonómicos, sin que ello afecte a su consideración de entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Autónoma y a la aplicación a dichos entes del derecho público autonómico (artículo 85.4 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, antes citado).

Para acabar con el análisis del supuesto de exclusión contenido en el artículo 2.3.d) del Texto refun-

²⁰ En este sentido tan sólo los consorcios pueden considerarse "administraciones públicas", ya que las fundaciones (como las sociedades mercantiles) constituyen esencialmente entidades de derecho privado o con forma de personificación jurídico-privada, al crearse al amparo de una legislación de derecho privado (en la actualidad, y para las fundaciones, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

dido de la Ley de Subvenciones autonómica, no puede obviarse que dicho precepto exige, en principio, la existencia de una regulación previa de rango legal o reglamentario, que, normalmente, viene referida únicamente a las administraciones territoriales (como la financiación a favor de los Consejos Insulares regulada en la Ley 2/2002, de 3 de abril, del sistema de financiación definitivo de los Consejos Insulares²¹; o el Fondo de Cooperación Municipal a que se refiere la Disposición adicional duodécima de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública²²). Esta exigencia impediría, ciertamente, la aplicación de la exclusión en cuestión a las transferencias globales a favor de otras entidades o administraciones públicas no territoriales (como pueda ser un consorcio participado por la Comunidad Autónoma pero dependiente de la Administración del Estado o de una determinada entidad local, o también un consorcio "independiente" o "apátrida") por falta de normativa reguladora.

Ahora bien, a nuestro juicio, este requisito, a día de hoy, no es realmente exigible, ya que puede (y debe) entenderse desplazado por la nueva redacción del artículo 2.2 (básico) de la Ley General de Subvenciones. En efecto, la redacción originaria de dicho artículo 2.2 se remitía expresamente a la normativa reguladora de las transferencias globales, lo que, en buena lógica, condicionó el redactado del artículo 2.3.d) del Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma; pero, actualmente, el precepto estatal ha suprimido toda referencia a esa "normativa reguladora", permitiendo, en consecuencia, la realización de este tipo de transferencias a favor de otras administraciones no territoriales y/o apátridas, aunque no se encuentren reguladas en normas generales relativas al sistema de financiación de las administraciones públicas.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse la exclusión contenida en la letra e) del artículo 2.3 del Texto refundido autonómico (relativa a las aportaciones realizadas en el marco de los convenios de colaboración y otros instrumentos análogos regulados en la legislación de régimen jurídico de las administraciones públicas), al constituir, sin duda, una causa de exclusión potencialmente aplicable a estos entes participados minoritariamente por la Comunidad Autónoma, y en concreto a los consorcios, desde el momento en que, en principio, los consorcios han de crearse en el marco de los citados convenios de colaboración con otras administraciones públicas (vid. artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), los cuales, a su vez, se suscriben con la finalidad esencial de coordinar el ejercicio de competencias ejecutivas concurrentes o compartidas. En tales supuestos, ciertamente, no ha de aplicarse la Ley de Subvenciones a las transferencias que puedan efectuarse a los consorcios por parte de cada una de las administraciones implicadas (con fundamento en la respectiva competencia concurrente), con independencia de que el consorcio sea o no dependiente de una determinada administración, ya que en todos estos casos la aportación se fundamenta (o debería fundamentarse) en la ejecución de una competencia propia que conlleva la obligación o la necesidad de efectuar un determinado gasto a cargo de la respectiva Administración consorciada (y no en una causa meramente gratuita, esto es, para coadyuvar a la financiación de una competencia exclusiva de la otra u otras administraciones consorciadas²³).

II. EL PROBLEMA DE LA NO INTEGRACIÓN EN LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ENTE TERRITORIAL MATRIZ Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 2.2 DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Para acabar, y por lo que se refiere particularmente a los consorcios, cabe analizar una problemática adicional consistente en el hecho de que, aun supo-

²¹ BOIB núm. 47, de 18 de abril.

²² BOIB núm. 186, de 30 de diciembre.

²³ Vid., también, en este último sentido, el artículo 2.4.b) en relación con el artículo 2.3.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.



niendo que se verifiquen los criterios establecidos en el artículo 85.4 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, antes citada y, por tanto, nos encontremos ante un consorcio que pueda considerarse como "autonómico" o "dependiente" de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, su integración formal en el sector público de esta Comunidad Autónoma, desde el punto de vista de la legislación de finanzas, no es total, toda vez que, si bien quedan sometidos a dicha legislación en lo que se refiere a la contabilidad pública, el control interno que ha de ejercer la Intervención General de la Comunidad Autónoma y el control externo o rendición de cuentas a la Sindicatura de Cuentas, lo cierto es que los consorcios en ningún caso se integran en los presupuestos generales y en la liquidación y cuenta general de la Comunidad Autónoma (vid. la Disposición transitoria única del Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Finanzas, y que también afecta a las fundaciones, al menos transitoriamente hasta el ejercicio 2008, así como el artículo 1.4 y el resto de preceptos concordantes del mismo Texto refundido).

Pero esto es así por la sencilla razón de que estos consorcios teóricamente "dependientes" no forma-

ban parte del ámbito de aplicación general de la antigua Ley 1/1986, de 5 de febrero, de Finanzas (ni tampoco, ciertamente, de la Ley General Presupuestaria estatal, hasta la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre), de manera que el Texto refundido autonómico, atendidas las limitaciones derivadas de su naturaleza jurídica de Decreto legislativo, no podía ampliar el alcance de la Ley objeto de refundición, particularmente si tenemos en cuenta, *a sensu contrario*, que la ley de autorización previó expresamente la inclusión de las fundaciones dependientes (las cuales, hasta aquel momento, tampoco se preveían en la Ley de Finanzas autonómica) pero no de los consorcios (vid. la Disposición final primera de la Ley 7/2004, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el 2005²⁴).

Ahora bien, e íntimamente relacionado con el objeto del presente estudio, no puede obviarse que la nueva redacción del artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones (precepto, como ya se ha dicho, básico) establece el criterio de la integración en los presupuestos generales del Estado (o de las comunidades autónomas o entes locales de que se trate en cada caso) como parámetro para determinar la dependencia o inclusión en el sector público de

²⁴ BOIB núm. 186, de 30 de diciembre.

un ente instrumental a los efectos de excluir del ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones las aportaciones que pueda recibir dicho ente de su Administración territorial matriz, aunque materialmente constituyan auténticas subvenciones desde el punto de vista del concepto de subvención.

Ello exige pronunciarse sobre el caso de los consorcios "autonómicos" (y de las fundaciones hasta el ejercicio presupuestario de 2008²⁵), en el sentido de si, pese a que efectivamente verifiquen los requisitos del artículo 85.4 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, ya no pueden considerarse excluidos del ámbito de aplicación del Texto refundido de la Ley de Subvenciones (vid. artículo 2.3.c) del citado Texto refundido, que debería considerarse desplazado en este punto por la nueva normativa estatal básica) en la medida en que sus "estados presupuestarios" no se integran en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, o, si, por el contrario, cabe interpretar otra cosa.

Pues bien, aceptando plenamente la teoría del efecto desplazamiento que, en materias que no sean competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, puede producir sobre el ordenamiento autonómico la entrada en vigor de una norma estatal básica posterior²⁶, entendemos que la finalidad del nuevo artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones no es tanto fijar el criterio de la integración en los presupuestos generales del ente territorial matriz como, simplemente, disponer que las aportaciones que se realicen a entes instrumentales o dependientes, aunque no constituyan transferencias indiferenciadas para la financiación global de la entidad, sino auténticas aportaciones puntuales (que, en pura teoría, verifican el concepto material de subvención), no se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones, atendido, justamente, el carácter instrumental y la tutela que,

de una forma o de otra, puede ejercitar sobre estas entidades el ente territorial matriz.

Así se deduce de la comparación entre el nuevo precepto y la redacción anterior del mismo, que tan sólo preveía la exclusión en los casos de financiación global (con un tratamiento idéntico a las aportaciones a favor de otras administraciones o entidades públicas no dependientes de la Administración concedente). En definitiva, y a nuestro juicio, lo que pretende el actual artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones no es otra cosa que diferenciar entre las aportaciones a entes dependientes (que pueden ser globales o singulares) y las aportaciones a otras administraciones (que tan sólo pueden ser globales), del mismo modo que, con anterioridad a dicha modificación legal, ya establecía el Texto refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma en las letras c) y d) de su artículo 2.3.

A partir de aquí, el criterio de la inclusión en los presupuestos generales de la Administración concedente obedece, simplemente, al hecho de que, desde la nueva Ley General Presupuestaria, y para la Administración del Estado, todas las entidades dependientes o instrumentales que integran el sector público estatal se incluyen (o deben incluirse) en los presupuestos generales del Estado (vid. artículo 2.1 de la Ley 47/2003), incluso los consorcios, de tal forma que, hoy por hoy, constituye un criterio sencillo y preciso para efectuar esa delimitación, mucho más que cualquier otra referencia indeterminada al "sector público" del ente territorial matriz, o a la "dependencia", que, sin embargo, y a nuestro juicio, sigue siendo el auténtico criterio material que determina el carácter instrumental del ente y, por ende, que justifica la exclusión de la aplicación de la Ley de Subvenciones. De acuerdo con ello entendemos, pues, que los denominados consorcios autonómicos constituyen entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Autónoma y, en

²⁵ Lo mismo cabe decir en relación con cualquier otra Comunidad Autónoma que, de acuerdo con su legislación de finanzas, no integre en sus presupuestos generales determinados entes instrumentales (como las fundaciones o consorcios).

²⁶ Vid. artículo 149.3 *in fine* de la Constitución española y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía.

consecuencia, que el artículo 2.3.c) del Texto refundido de la Ley de Subvenciones no se ve realmente afectado por el nuevo artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON LA TRAMITACIÓN DE LAS APORTACIONES O TRANSFERENCIAS A FUNDACIONES Y CONSORCIOS NO DEPENDIENTES

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, podemos extraer algunas conclusiones generales en relación con la tramitación de las aportaciones o transferencias a favor de fundaciones o consorcios no dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears:

Primera. Las aportaciones a estas entidades no "dependientes", derivadas normalmente de compromisos de financiación incluidos en los estatutos y/o adoptados por la Administración de la Comunidad Autónoma en concepto de miembro partícipe en la entidad, tan sólo pueden considerarse como subvenciones cuando, atendidas las circunstancias del caso, pueda afirmarse que la aportación no implica ningún derecho de crédito actual o futuro a favor de la Administración sobre el patrimonio neto de la entidad, esto es, cuando no constituyan una aportación patrimonial potencialmente recuperable, al menos teóricamente, en caso de disolución del ente, de manera que deban considerarse aportaciones, en puridad, a título gratuito. Aún así, es posible que concurra alguna de las causas de exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones previstas en el artículo 2.3 del Texto refundido (a las que nos hemos referido en el apartado C) del epígrafe I anterior), particularmente la contenida en la letra d) de dicho precepto legal.

En este sentido cabe presumir, al menos en lo que se refiere a los consorcios, que en la mayoría de los casos resultará de aplicación dicha exclusión legal, con fundamento, bien en la dependencia del consorcio de otra administración territorial, bien en la naturaleza de administración pública del propio consorcio como tal (si es independiente o apátrida y

se somete plenamente a una determinada legislación presupuestaria o de finanzas), y ello aunque no exista normativa reguladora alguna sobre su financiación general. Por otra parte, ya hemos dicho también que no pueden considerarse como aportaciones a título gratuito (y, por ende, subvenciones) las transferencias a consorcios para el ejercicio conjunto de competencias ejecutivas concurrentes por parte de las administraciones consorciadas (como así se desprende de la letra e) del artículo 2.3 del Texto refundido).

Segunda. Por lo que se refiere al procedimiento aplicable a las aportaciones o transferencias a favor de este tipo de entes que, en su caso, sí deban considerarse necesariamente como subvenciones, lo cierto es que, en principio, deberá adecuarse a las reglas generales contenidas en la legislación subvencional, todo ello sin perjuicio claro está de que, en determinados casos, pueda acudir a alguno de los supuestos de concesión directa a que se refiere el artículo 7.1 del Texto refundido de la Ley de Subvenciones²⁷ (si, por ejemplo, se ha previsto en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma un crédito nominativo a favor de la entidad beneficiaria, o si se verifica realmente alguno de los conceptos jurídicos indeterminados de las letras c) y d) de dicho artículo), pero sin que, en consecuencia, la concesión directa tenga por qué estar justificada en todo caso. Y ello no puede verse condicionado por el hecho (habitual) de que un órgano de la propia entidad participada (fundación o consorcio) haya acordado, de forma aparentemente válida, determinadas aportaciones por parte de algunos o todos de sus miembros (y, entre ellos, la Comunidad Autónoma).

En efecto, este tipo de acuerdos no pueden vincular *per se* a la Administración autonómica, y, en consecuencia, o bien resultan de un acuerdo previo adoptado por el órgano competente de la Administración o bien deben considerarse sometidos, expresa o tácitamente, a la condición suspen-

²⁷ Vid., en un sentido similar, el artículo 22.2 de la Ley General de Subvenciones.

siva de aprobación de los actos administrativos que procedan por parte de dicha Administración, tanto desde el punto de vista presupuestario como desde el punto de vista sustantivo, por la vía de la tramitación y resolución del procedimiento de concesión de la subvención que proceda, en su caso. En este último sentido ha de reseñarse que la imposibilidad de dictar (válidamente) una resolución de concesión de subvención por razón de la no concurrencia de ningún supuesto de concesión directa del artículo 7.1 del Texto refundido (o la carencia de bases reguladoras u otros instrumentos jurídicos equivalentes que permitan la tramitación de la subvención) debe suponer, simplemente, que el acuerdo adoptado por la entidad (fundación o consorcio) no despliegue efectos, sin más consecuencias jurídicas para la Administración autonómica.

Tercera. Finalmente, y en relación con la normativa aplicable a la tramitación de las aportaciones que, de acuerdo con todo lo dicho anteriormente, no deban considerarse como subvenciones, habrá que atenerse, en primer lugar, a la concreta naturaleza jurídica de la aportación y, con ello, a la legislación de derecho público y/o de derecho privado que pueda regular el acto o negocio jurídico en cada caso, debiendo tenerse en cuenta adicionalmente que, en el supuesto de que no exista ninguna nor-

mativa sustantiva o sectorial específica aplicable al caso y se trate de aportaciones dinerarias, ha de seguirse en todo caso el procedimiento de gasto o de ejecución presupuestaria general, de conformidad con la delimitación competencial que, para la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, resulta del artículo 8 de la Ley 24/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales (vid., en particular, el apartado 6 de este artículo²⁸) y del resto de disposiciones concordantes y de desarrollo.

En concreto, y para el caso de aportaciones patrimoniales (dinerarias) *strictu sensu* a fundaciones o consorcios (esto es, que impliquen la adquisición de un derecho o "activo", aunque no sea financiero, a favor de la Administración autonómica), puede entenderse aplicable, por analogía, lo que dispone el artículo 75 (en relación con el artículo 1) de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears²⁹ con relación al órgano competente para la adquisición minoritaria de títulos representativos del capital (es decir, acciones o participaciones) en sociedades mercantiles (y que, por otra parte, ha derogado, en parte y tácitamente, lo prevenido al respecto en los apartados 4 a 7 del artículo 20 de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, antes citada).

²⁸ BOIB núm. 188, de 30 de diciembre.

²⁹ BOIB núm. 49, de 24 de abril; en un sentido similar, vid. artículos 3.1 y 171.1 en relación con el 169.h) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (BOE núm. 264, de 4 de noviembre).