

La huida del presupuesto público. El caso de los fondos públicos españoles*

Claudia Hernández López

SUMARIO: 1. Los fondos públicos: un modelo de gestión alternativo respecto a otras modalidades. – 2. Sus características: condicionantes de su especial configuración. – 2.1. Disposición exclusiva de dinero. – 2.2. Afectación de los recursos a un fin público. – 2.3. Autonomía. – 2.4. Relación de instrumentalidad con la Administración. – 3. Marco regulatorio: régimen incompleto y problemas. – 3.1. Las reglas comunes a los fondos públicos. – 3.2. Lo no previsto en las normas vigentes: una quiebra a las garantías públicas. – 3.3. En particular, el régimen presupuestario, contable y de control. – 4. La huida del presupuesto público. – 5. Reflexión final: una visión funcional para identificar las reglas aplicables en el derecho público español.

1. *Los fondos públicos: un modelo de gestión alternativo respecto a otras modalidades*

Como es conocido, la Administración puede escoger discrecionalmente las formas organizativas de las que se sirve para realizar su actividad. A veces las realiza por sí misma y otras, en cambio, escoge un ente u organismo que se adapta mejor a los fines perseguidos – organismos autónomos, entidades públicas empresariales, consorcios, son solo algunas de las entidades utilizadas por la Administración española –.

Los fondos públicos son uno de esos instrumentos y su importancia es incuestionable. En el año 2005 los Presupuestos Generales del Estado dotaron cuatro fondos con 251 millones de euros¹, hoy son diecisiete, y tan solo en 2018 recibieron más de 22 mil millones de euros².

* Este artículo fue escrito en el marco de una estancia de investigación de tres meses realizada por la autora en el año 2019 en la Universidad de Roma LUMSA.

¹ Fondo de Ayuda al Desarrollo, Fondo para Inversiones en el Exterior, Fondo para la Concesión de Microcréditos en el Exterior y Fondo para Operaciones de Inversiones en el Exterior de PYME. Véanse los presupuestos Generales del Estado de 2005 – Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

² Fondo para la Promoción del Desarrollo, Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento, Fondo de Garantía de Alimentos, Fondo Estatal de Inversión Local, Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, Fondo de Financiación a Entidades Locales, Fondo

Con todo, lo relevante no está en su importancia cuantitativa, sino en su configuración y funcionamiento. La discrecionalidad organizativa de la que dispone la Administración no debe llevar a equívoco: escoger un instrumento no significa escoger las reglas de funcionamiento y mucho menos cuando con ello se persigue excluir el derecho administrativo y derecho del presupuesto público tal y como ocurre en este caso.

A modo de ejemplo puede consultarse el caso del Fondo Nacional de Eficiencia Energética, cuyos recursos proceden, entre otras fuentes, de las aportaciones obligatorias realizadas por los operadores del sector. Pues bien, en este fondo, cuando los operadores no han estado de acuerdo con los importes a abonar, se han generado dudas sobre el tipo de recurso a interponer porque no se conoce la naturaleza del pago – tasa, tarifa, prestación, etc. –³. Esto deriva, lógicamente, de la inexistencia de unas normas claras que regulen el sistema y tan solo es una muestra de los problemas que se generan en torno a estas figuras⁴.

Los fondos públicos son instrumentos administrativos⁵, con o sin personalidad jurídica, creados por ley o por la Administración, cuyo objeto es afectar, acu-

Financiero de Accesibilidad Terrestre Portuaria, Fondo Financiero para la Modernización de la Infraestructura Turística, Fondo de Apoyo a la diversificación del Sector Pesquero y Acuícola, Fondo de Carbono para una Economía Sostenible, Fondo de Apoyo para la Promoción y Desarrollo de Infraestructuras y Servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, Fondo para Inversiones en el exterior, Fondo para Inversiones en el exterior de la Pequeña y Mediana Empresa, Fondo de Ayuda al Comercio Interior, Fondo para la Internacionalización de la Empresa y Fondo de Reserva de los Riesgos de la Internacionalización, Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Véanse los Presupuestos Generales del Estado de 2018 – Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. En particular, para comprobar las cantidades consúltese la serie roja – presupuestos del sector público administrativo con presupuesto estimativo.

³ Las dudas generadas en torno a este fondo han generado numerosos pleitos entre los operadores obligados a contribuir y la Administración. En particular, sobre la naturaleza de los pagos el Tribunal Supremo ha señalado recientemente que tienen la condición de prestación patrimonial no tributaria. Véase la Sentencia 1587/2019, de 16 de mayo de 2019.

⁴ Las reclamaciones contra el Fondo Nacional de Eficiencia Energética no solo han discutido los importes a abonar o la naturaleza de las aportaciones, sino todo sistema español de eficiencia energética caracterizado, en parte, por depositar todos los objetivos de ahorro de energía en la recaudación de recursos a través del Fondo. Con todo, el pleito llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y este confirmó el sistema español de eficiencia energética. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto de 2018, C-561/16 y la Sentencia del Tribunal Supremo 1571/2019, de 25 de junio de 2019.

⁵ Con el fin de evitar opiniones preliminares sobre los fondos, a lo largo del presente trabajo se utilizará el término «instrumento» para hacer referencia a los mismos. Se pretende evitar la utilización de términos como «organismos», «entidades», «órganos» u otros que puedan inducir a confusión. Ninguno de esas expresiones abarca a todos los fondos puesto que en el ordenamiento jurídico vigente pueden encontrarse fondos con características totalmente diferentes entre sí. El uso de estos conceptos entronca con el tema de la Administración instrumental, un tema clásico dentro de la teoría general de la organización que, desde hace décadas, ha sido abordado por la doctrina española. Véase, F. Garrido Falla, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios Locales, 1950; M. F. Clavero Arévalo, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, en *Documentación Administrativa*, 1962, 58, 13 ss.; J. A. García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, 287 ss.; G. Ariño Ortiz, *La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, INAP, 1972; E. García de Enterría y T-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, 1974, última edición,

mular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados, a fines públicos. Se emplean para financiar actividades públicas. Su objeto es afectar un dinero a un fin público y transmitirlo. No son partidas, créditos presupuestarios o recursos agrupados. Son instrumentos administrativos – con organización propia, no siempre *ad hoc*, pero determinante para el funcionamiento del fondo –, cuyos órganos de dirección o entidades de gestión tienen la facultad de tomar decisiones sobre cuestiones como la modalidad de gasto que se va a emplear en cada caso, los importes que se van a gastar o la forma de recaudación de los recursos.

El Fondo de Apoyo a la diversificación del Sector Pesquero y Acuícola⁶, por ejemplo, presta apoyo financiero a las empresas del sector en el que desarrolla su actividad. Su gestión se ha encomendado a SEPIDES⁷, que es quien, en virtud de un convenio con el ministerio competente, adopta decisiones sobre la forma en la que se va a gastar el dinero. En este fondo la normativa deja amplio margen de decisión a la entidad gestora. Únicamente se prevé que los recursos se canalizan en «forma de préstamos participativos... de créditos a largo plazo o cualquier otra fórmula de financiación internacional reconocida, para el desarrollo de esta actividad». Es decir, no se transmiten directamente a una actividad concreta, sino que se afectan a un fin y, posteriormente, los encargados de la dirección del fondo – órgano de dirección o entidad que tiene encomendada su gestión – escogen la modalidad del gasto, el importe que se va a gastar y, a veces, las actividades concretas a financiar. El fondo, por tanto, no es un mero canal para transmitir recursos, es un instrumento que permite afectarlos y gestionarlos. Al respecto, debe recordarse que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, les ha reconocido su categoría de instrumento del sector público institucional.

En general, los fondos son utilizados para la realización de todo tipo de actividades públicas, a saber: la financiación de servicios públicos – Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos, Fon-

2015, 405 ss.; M. Baena de Alcázar, *Administración central y administración institucional en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, 1976; J.A. Santamaría Pastor, *Las administraciones territoriales: la administración institucional*, Universidad Complutense, 1982; A. Gallego Anabitarte, *De los establecimientos públicos y otras personas jurídico públicas en España*, estudio preliminar al libro, también relativo a ese tema, F. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, 1987; AA.VV., *La Administración Instrumental*, libro homenaje a Clavero Arévalo, tomos I y II, Civitas, 1994; F. López Menudo, *La tipología de entes de la administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales*, en *Cuadernos de derecho judicial*, 2004, 8, 96 ss.

⁶ Creado y regulado por la Disposición adicional cuadragésima segunda de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

⁷ Sociedad Estatal de Participaciones Industriales Desarrollo Empresarial.

do de Compensación Interportuaria o Fondos del Servicio Universal⁸; el fomento – Fondo de Internacionalización de la Empresa, Fondo de Modernización de Infraestructuras Turísticas; la satisfacción de Derechos individuales – Fondo de Garantía del Pago de Alimentos⁹. A veces desarrollan actividades por las cuales reciben contraprestación – como la concesión de préstamos –, pero el objetivo de estos instrumentos no es obtener un beneficio, es financiar servicios públicos, promover una actividad o satisfacer objetivos públicos. Es decir, el fin no es la contraprestación es el objetivo público perseguido.

En tanto que instrumentos públicos, los fondos deberían sujetarse a unas reglas que garanticen un uso adecuado de sus recursos. Por ello, su configuración y fines no justifican las siguientes actividades que sin embargo hacen: contratan con terceros como si fueran sujetos privados. Algunos no publican los contratos ni garantizan la concurrencia; lo mismo sucede en materia de personal, que no se sujetan a las reglas de empleo público; asimismo, en determinadas cuestiones relacionadas con las tareas que tienen encomendadas tampoco respetan ciertas garantías públicas. Este es el caso de algunos fondos que tienen por objeto conceder préstamos con fines de fomento y no garantizan a los interesados el acceso a esos préstamos en un procedimiento público competitivo. Ejemplo de esto es el Fondo de Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁰. Desde hace años convoca subvenciones para financiar la construcción y reforma de centros privados para el cuidado de personas dependientes o discapacitados y no lo hace mediante un procedimiento público, evitando así la aplicación de la Ley 38/2003, General de Subvenciones que prevé, entre otras cosas, que la convocatoria se publique en los diarios oficiales¹¹.

Ahora bien, la condición pública de los fondos, de sus recursos, de las actividades que realizan y, lo más importante, de los fines que persiguen, permite poner en entredicho esa ausencia de garantías públicas.

⁸ Respectivamente, Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; Disposición adicional sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y Real Decreto 102/2014; Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) y Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

⁹ Creado por la Disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Regulado en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

¹⁰ Creado y regulado por la Disposición adicional sexagésima primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

¹¹ Véase el artículo 18 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

Lo explicado apunta a los fondos públicos como un nuevo paradigma de huida del derecho administrativo¹². Su regulación – o *no* regulación – recuerda a otros procesos anteriores de creación de formas organizativas sujetas a normas especiales con el único fin de evitar la aplicación de las reglas y principios del derecho público. Con todo, no basta con señalar que se dan estas circunstancias e instar al legislador y a la Administración a corregirlas. Habrá que entrar en el fondo del asunto y preguntarse por qué se hace esto y, en su caso, si está justificado. Se debe comprobar qué razones hay tras esta fuga recurrente.

De momento, pese a su expansión y relevancia, la doctrina y el legislador no les han prestado demasiada atención¹³.

2. *Sus características: condicionantes de su especial configuración*

2.1. *Disposición exclusiva de dinero*

La adecuada comprensión de los fondos, requiere, a modo de apunte, un repaso de sus caracteres. Solo conociéndolos, se comprenderá por qué tienen esa especial regulación y si está o no justificada.

Todos los fondos públicos se dotan exclusivamente con recursos dinerarios y no con bienes ni con patrimonio en los términos que se establecen en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esto permite descartar que sean un patrimonio separado de la Administración y, a su vez, permite diferenciarlos de otros instrumentos que requieren un patrimonio para constituir-

¹² Dentro de la amplia bibliografía sobre este tema véase, J.M. Sala Arquer, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en *REDA*, núm. 75, 1992, 399 ss.; F. Garrido Falla, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, en *REDA*, 1993, 79, 389 ss.; A. Borrajo Iniesta, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, en *REDA*, 78, 1993, 233 ss.; G. Ariño Ortiz y L. López De Castro, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, 1994; S. del Saz Cordero, *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, en *RAP*, 1994, 133, 57 ss.; S. Martín-Retortillo, *Reflexiones sobre la "huida" del Derecho administrativo*, en *RAP*, 1996, 140, 25 ss.; Más reciente, M.C. Chinchilla Marín, *El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo*, en *RAP*, 2016, 200, 361 ss., entre otros.

¹³ Al cierre de este trabajo, solo es posible encontrar unos pocos artículos dedicados expresamente a los fondos públicos que, además, se caracterizan por presentar un enfoque jurídico financiero y no jurídico administrativo. Véase L.M. Cazorla Prieto, *Crisis económica y transformación del Estado*, Aranzadi, 2009, 162 ss.; J. Pascual García, *La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los Controles Financieros por los nuevos entes del sector público*, en *Presupuesto y Gasto Público*, 2010, 60, 109 ss.; M. Garcés Sanagustín, *La acción de fomento ante la nueva tipología de entes públicos*, en *Presupuesto y Gasto Público*, 2010, 60, 7 ss.; A. Echenique Conde, *El limbo de los fondos carentes de personalidad jurídica régimen jurídico y análisis sistemático del gran desconocido*, en *CISS Técnica Contable*, 2012, 747, 99 ss.; y S. Casado Robledo, *El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado*, en *Revista Española de Control Externo*, 2014, 47, 83 ss.

se o desarrollar su actividad, que puede estar formado por bienes, como ocurre, por ejemplo, en sociedades y fundaciones. El fondo puede existir sin patrimonio.

Son instrumentos cuyo único objeto consiste en manejar ese dinero para satisfacer un fin público. El origen de los recursos – presupuesto público, aportaciones obligatorias, rentabilidad por inversiones, etc. –, o la forma en que se gastan – préstamos, avales, subvenciones, anticipos reintegrables, etc. – varía en cada caso; pero la disposición – exclusiva – de recursos dinerarios es un rasgo común a todos ellos¹⁴. Tienen cabida en cualquier sector o ámbito de la Administración siempre que en ese sector se requiera una disposición de recursos realizada o garantizada por la Administración. Esta característica se observa en fondos tan distintos como el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos y el Fondo de para la gestión de los Residuos Radiactivos. El primero, obtiene sus recursos de los PGE, se emplea para sostener una obligación de la Administración General del Estado y canaliza sus recursos en forma de anticipos; el segundo, en cambio, se dota con cargo a aportaciones obligatorias en forma de tasa que realizan determinados operadores y se emplea para financiar un servicio público. Ambos poseen estructuras organizativas distintas, se nutren de fuentes diferentes y se sujetan a normas singulares, pero en los dos, su único objeto es gestionar ese dinero para satisfacer un fin público.

En síntesis, no se emplean para otra cosa que no sea recaudar, gestionar, invertir, retener, afectar y canalizar dinero.

2.2. *Afectación de los recursos a un fin público*

Todos los fondos afectan recursos a la satisfacción de un fin público como puede ser, por ejemplo, la financiación de un servicio – Fondo de Compensación Interportuaria –, el cumplimiento de unos objetivos públicos del Estado – Fondo de Cooperación para el Agua y el Saneamiento – o incluso el sostenimiento de las Administraciones territoriales – Fondos de financiación de CCAA y EELL –¹⁵.

Para conseguir asegurar la afectación de esos recursos, el legislador no solo prevé que el dinero del fondo debe destinarse a la satisfacción de ese fin, sino que dota a los fondos de un conjunto de características especiales que le permiten

¹⁴ Sea cual sea sector en el que se encuentran – sector energético, financiación de Administraciones territoriales, sostenimiento de la dependencia, obligaciones de servicio público, fomento de la internacionalización de las empresas españolas, etc. – los fondos públicos son estructuras organizativas creadas para gestionar y canalizar una masa de efectivo.

¹⁵ Sobre la regulación de los tres fondos mencionados, respectivamente, Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento; Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento; y Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

conseguir su objetivo. La más importante es la autonomía económica que tienen reconocida. Se separan de la Administración para mantener incomunicados sus recursos y afectarlos al fin perseguido. De este modo su dinero no se confunde con el resto de recursos de la Administración ni se puede emplear en actividades distintas a aquellas que constituyan el objeto del fondo.

Esto implica, por ejemplo, que pueden retener los remanentes de un ejercicio a otro o, incluso, reinvertir los beneficios que obtengan en sus propios fines. A modo de ejemplo véase que la normativa que regula el Fondo de Ayuda al Comercio Interior establece que para dotar las convocatorias se pueden emplear «los recursos procedentes de amortizaciones de préstamos ya concedidos, así como el remanente, si lo hubiere, procedente de convocatorias anteriores»¹⁶. Funcionan como cajas separadas, su configuración es absolutamente diferente al resto de órganos que integran la Administración.

Este planteamiento parece separarse de los principios expresados en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – en adelante, LGP – que establece, como regla general, la no afectación de recursos. De acuerdo con la misma, los recursos del Estado y de todas las entidades con presupuesto limitativo deben emplearse a satisfacer «el conjunto de sus respectivas obligaciones». Sin embargo, los fondos regulados en la LGP elaboran un presupuesto estimativo. De ahí que queden fuera de esta regla general¹⁷.

En definitiva, el fondo es un instrumento que se emplea para afectar unos recursos a un fin público. Este es uno de los fundamentos de su existencia y condiciona su configuración.

2.3. *Autonomía*

Aun cuando carecen de personalidad, tienen autonomía respecto de la Administración en numerosas cuestiones. En particular, cuentan con las siguientes facultades: capacidad para tomar decisiones sobre la forma en que van a gastar sus recursos – sin estrictas vinculaciones presupuestarias –; obligación de elaborar un presupuesto independiente; rendición de cuentas por separado; afectación de sus recursos a determinados fines – al margen del Presupuesto – contabilidad independiente; sujeción a controles menos intensos que el resto de órganos de la Administración en la que se integran o, incluso, la limitación de responsabilidad

¹⁶ Véase el artículo 3.1 del Real Decreto 1786/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior.

¹⁷ Además de lo anterior, debe añadirse que la LGP establece que se puede determinar la afectación de recursos siempre que se haga por ley y todos los fondos vigentes han sido creados por una norma con rango de ley. Véase el artículo 27.2 de la LGP.

a sus propios recursos. En efecto, tanta es esa autonomía que si contraen deudas, la normativa prevé, en algunos casos, que responden por sí mismos, sin contagiar a la Administración u organismo público de gestión¹⁸.

En cierto modo están separados de la Administración a la que pertenecen. Esto, como es lógico, es uno de los aspectos claves puesto que es lo que permite diferenciarlos de una mera agrupación de recursos. Asimismo, se trata de una cuestión de extrema relevancia para el estudio del derecho administrativo español por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, esa autonomía que el ordenamiento jurídico les reconoce les permite someterse a un conjunto de normas que se alejan del derecho administrativo. Al carecer de personalidad les correspondería sujetarse a las normas de la Administración en la que se integran. Sin embargo, su configuración autónoma y, por tanto, su separación respecto de la Administración, trae consigo la aplicación de otras reglas. El ordenamiento no los trata como un órgano más, sino que, a ciertos efectos, les permite actuar como entidades personificadas de base privada.

¹⁸ La voluntad del legislador de llevar al máximo la autonomía de los fondos se pone de manifiesto en la limitación de la responsabilidad. Algunos fondos carentes de personalidad jurídica de los regulados en la LGP tienen tanta autonomía que el legislador ha limitado la responsabilidad por su actuación a sus propios recursos. Este, por ejemplo, es el caso del Fondo para la Promoción de Infraestructuras de la Dependencia, cuya norma de creación prevé que «las responsabilidades del Fondo se limitarán exclusivamente a aquéllas que la entidad gestora haya contraído por cuenta del mismo. Igualmente, los posibles acreedores del Fondo no podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio de la entidad gestora», – Disposición adicional sexagésima primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 –. Pues bien, resulta llamativo que estos instrumentos, carentes de personalidad, puedan contraer obligaciones por sí mismos sin que las consecuencias o incumplimientos que deriven de su actividad impliquen ni contagien de ninguna forma a la Administración. Este es uno de los planos donde se pone de manifiesto que el legislador trata de dotarlos de tanta autonomía como a determinadas personas jurídicas. Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP – estos preceptos son cuestionables y parecen estar derogados tácitamente puesto que se produce una contradicción entre un precepto básico – artículo 35 de la LRJSP – y esa limitación de responsabilidad de los fondos. En particular, el artículo 35 de la LRJSP establece lo siguiente: «cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad». Este artículo extiende la responsabilidad patrimonial de la Administración a todos los supuestos en los que esta intervenga, directa o indirectamente a través de una entidad de derecho privado. Esto hace que las sociedades mercantiles u otras entidades de las que se sirva la Administración contagien su responsabilidad a la misma. Dado que los fondos no son entidades de derecho privado, una interpretación literal del artículo 35 los excluiría. Ahora bien, el objeto de ese precepto es evitar que la interposición de entidades pueda librar a la Administración de responder. Su fin es traspasar la responsabilidad a la misma incluso cuando actúe por medio de sujetos de derecho privado. Por tanto, aunque no se prevea expresamente, la intención es garantizar la cobertura de la responsabilidad, lo cual se extenderá, lógicamente, a instrumentos de naturaleza pública como los fondos. Lo razonable, en este sentido, es que si una Administración emplea un fondo para realizar actividades que son propias, las responsabilidades que deriven de esa actividad sean también responsabilidades de la Administración. Por tanto, no parece que estos preceptos limitando la responsabilidad de los fondos sean acordes al régimen y a los principios que debe revestir el uso de instrumentos de este tipo por parte de la Administración.

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, el disfrute de capacidades propias de la personalidad jurídica sin poseer formalmente esta cualidad confirma el uso instrumental de esta institución. Se pone en jaque, una vez más, la uniformidad de la teoría estatutaria y, por ende, idea clásica española sobre la personalidad jurídica. Y es que, un análisis de los fondos públicos permite descartar situaciones polarizadas – o se tiene personalidad, o no se tiene, con todas las consecuencias que derivan de ello –, puesto que la realidad niega rotundamente ese planteamiento.

Por último, todo ello permite cuestionar, a su vez, la concepción subjetiva del derecho administrativo español. Los fondos, pese a tener la condición de instrumentos – sin personalidad – de la Administración, no se sujetan derecho público. Al menos no en los mismos términos que el resto de órganos que se integran en la Administración General del Estado. Con el objeto de tener más flexibilidad, el legislador les aplica el régimen previsto para sociedades mercantiles y fundaciones.

Ahora bien, no basta con invocar el fenómeno de la huida y la teoría estatutaria para, posteriormente, señalar que los fondos públicos deben sujetarse a derecho administrativo¹⁹. La solución no es tan simple.

Puede que los fondos no huyan del derecho administrativo con el único fin de saltarse los controles o evitar las cargas que impone esta rama del ordenamiento. Tal vez, para las actividades que realizan, necesitan una flexibilidad que no encuentran en el derecho público – por ejemplo, porque requieren más agilidad –. Solo escapando de ciertas cargas pueden ser eficaces. Por ello, hay que observar si su actividad justifica la sujeción a esas reglas y, por tanto, si en determinados casos es admisible que se recurra a otras normas. Quizá la clave, en línea con lo que ha venido ocurriendo en la legislación de contratos, no está en prestar atención al sujeto, sino a las actividades que realizan – criterio funcional –.

¹⁹ Todo esto, en España, es especialmente relevante porque la doctrina mayoritaria no acepta escalas o graduación en la personalidad y mucho menos. Pese a ello, es innegable que la configuración autónoma de los fondos y, por tanto, su separación respecto de la Administración, los dota de subjetividad. Distintas posiciones sobre personalidad jurídica en el Derecho administrativo español véase M.F. Clavero Arévalo, *Personalidad jurídica*, cit.; J.A. García Trevijano, *op. cit.*, 787; G. Ariño Ortiz, *La Administración*, *op. cit.*; A. Gallego Anabitarte, *Derecho general de la organización*, Instituto de Estudios Administrativos, 1971; también del mismo autor *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992; L. López Guerra, *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, en *Revista del Departamento de Derecho político de la UNED*, 1980, 6, 32 ss.; E. García de Enterría y T-R, Fernández Rodríguez, *op. cit.*, 371.

2.4. *Relación de instrumentalidad con la Administración*

Los fondos públicos no se subordinan formalmente a la Administración ni mantienen un vínculo de jerarquía con la misma. En coherencia con la autonomía económico-financiera y organizativa de la que disponen, el legislador los «adscribe» a la Administración para evitar su «dependencia» o «integración» jerárquica.

Las consecuencias de la «adscripción» no se determinan expresamente en la normativa, pero parece que el objeto es dotarlos de autonomía y equipararlos al resto de instrumentos del sector público institucional. Y es que el término «adscripción», ya se ha utilizado para subrayar la separación de determinados órganos que, por sus funciones requieren, de una u otra forma, independencia respecto a la Administración.

Sirva de ejemplo el caso del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se encuentra «adscrito» al Ministerio de Economía y Hacienda – artículo 45 de la LCSP²⁰. En este caso el uso del término «adscripción» persigue garantizar la independencia funcional de la que deben disponer esos órganos y evitar el uso del término «integración». Ese tipo de órganos dependen material y presupuestariamente de una Administración, pero su vinculación con la misma no conlleva una relación de jerarquía o subordinación puesto que la razón de ser del órgano es, precisamente, resolver determinadas situaciones con independencia y neutralidad²¹.

²⁰ « ... Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública ... ».

²¹ «Menos tajante en este sentido resulta la Ley cuando dispone que “a estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda”, pues el término adscrito puede utilizarse para especificar el vínculo con la Administración General del Estado, tanto en un caso como en el otro. A este respecto, incluso cabría considerar que el término mencionado podría resultar incluso contradictorio con la afirmación inicial de que el Tribunal no tiene personalidad jurídica propia, pues en tal caso, más que la adscripción al Ministerio de Economía y Hacienda, debería haberse establecido su integración en él. La mera adscripción, en efecto, resulta más apropiada para los organismos que gozan de autonomía en la gestión. Sin embargo, no debe hacerse excesivo hincapié en este punto, pues la utilización del término “adscrito” en lugar de “integrado”, sin duda responde a la intención del legislador de poner de manifiesto, ya desde este plano, la plena independencia de actuación que debe tener el Tribunal», J. Pardo García-Valdecasas, *El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, en *Documentación Administrativa*, 2010, 288, 19 ss. En algunas ocasiones la doctrina ha criticado que el empleo de ese término también implica cierta verticalidad o subordinación y ha planteado la sustitución del mismo por otros que garanticen mejor la independencia. Este planteamiento es comentado por I. Martín Delgado, *La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y eficaz?*, F. López Ramón (Dir), *Las vías de recurso a debate, Actas del Congreso de la AEPDA*, 2015, 377 ss. Este autor se refiere a la «adscripción» del Consejo de Transparencia y Buen gobierno y se hace eco de un informe de la Abogacía del Estado: «La Abogacía del Estado, a petición del propio Consejo de Transparencia, se ha pronunciado en uno de sus informes...En su opinión, en tanto que organismo contemplado en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, el Consejo es una Administración independiente, caracterizada por su independencia y autonomía funcional. Critica el uso de la palabra adscripción por parte del art. 33.1 LTAIBG, por entender que una Administración independiente no puede estar adscrita, en el sentido de sometida funcionalmente, a un Ministerio ...». La misma situación se planteó en las Administraciones independientes – ahora denominadas Autoridades Administrativas Independientes –.

Pese a ello, en todos los fondos públicos es posible identificar una relación de instrumentalidad propia de las entidades que integran el sector público institucional²². Ese vínculo de adscripción no les proporciona independencia absoluta, tras el mismo subyace un férreo poder de decisión y control por parte de la Administración. La dirección pública es patente, nada distinto de organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades o fundaciones públicas.

3. *Marco normativo: régimen incompleto y problemas*

3.1. *Las reglas comunes a los fondos públicos*

Cada fondo cuenta con su propia regulación, pero en todos los casos se trata de normas incompletas. Además, hay una serie de reglas comunes.

De un lado, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – LGP – fue la primera norma que reconoció la existencia de los fondos en abstracto. Esta norma estableció un régimen presupuestario, contable y de control común a todos los fondos carentes de personalidad jurídica. Posteriormente, de otro, en el año 2015, la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público reguló, por primera vez en una norma distinta a la presupuestaria, los fondos carentes de personalidad jurídica. El preámbulo de esta norma anunció lo siguiente: «los fondos son una figura cuya frecuente utilización demandaba el establecimiento de un régimen jurídico».

Sin embargo, fue un anuncio demasiado ambicioso. Esta norma no establece un régimen jurídico completo para los fondos, más bien se limita a recoger la realidad existente: creación y extinción del instrumento, régimen jurídico y régimen económico-financiero – ya previsto anteriormente en la LGP –.

En particular, los artículos 137 a 139 prevén lo siguiente:

«Artículo 137. Creación y extinción.

En estas entidades inicialmente se empleó el término «adscripción» para vincularlas a la Administración General del Estado. No obstante, posteriormente se consideró que dicho término implicaba cierta subordinación y poco a poco fue sustituido. Sobre las Administraciones independientes en general, A. Betancor Rodríguez, *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*, Tecnos, 1994. A modo de ejemplo puede verse el caso de la desaparecida Comisión Nacional de Energía que, inicialmente se «adscribía» al ministerio competente en energía, pero en 2011, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con el objeto de reforzar su independencia estableció que «se relacionaba» con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

²² Santamaría Pastor equipara la relación que mantiene la Administración con las entidades instrumentales a la de una empresa privada con sus sociedades filiales, de tal forma que estas últimas existen solo en la medida que interesan a los fines de la empresa, en *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., 1193.

1. La creación de fondos carentes de personalidad jurídica en el sector público estatal se efectuará por Ley. La norma de creación determinará expresamente su adscripción a la Administración General del Estado.

2. Con independencia de su creación por Ley se extinguirán por norma de rango reglamentario.

3. En la denominación de los fondos carentes de personalidad jurídica deberá figurar necesariamente la indicación «fondo carente de personalidad jurídica» o su abreviatura «F.C.P.J».

Artículo 138. Régimen jurídico.

Los fondos carentes de personalidad jurídica se registrarán por lo dispuesto en esta Ley, en su norma de creación, y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación.

Artículo 139. Régimen presupuestario, de contabilidad y de control económico-financiero.

Los fondos carentes de personalidad jurídica estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre».

Respecto a su creación y extinción se debe señalar que la fórmula escogida cada vez es más habitual en la Administración española – creación por ley y extinción por reglamento –. Con la misma se persigue facilitar la desaparición de los fondos cuando hayan cumplido con su objeto. Esto cobra sentido en fondos que se crean con la vocación de canalizar recursos por una sola vez o durante un período de previamente determinado. El ejemplo más claro de ello fue el Fondo de apoyo a la República Helénica, creado en el 2009 con el único cometido de canalizar los recursos con los que contribuyó España en el rescate a Grecia²³. Si bien esta forma de creación y extinción permite eliminar los fondos fácilmente y está admitida por una norma con rango de ley, es innegable que contradice el principio de jerarquía normativa.

El precepto relativo a la creación de los fondos también se refiere expresamente al vínculo que mantienen con la Administración. Como quedó apuntado, resulta llamativo que tal vínculo se califique de adscripción, más aún si se observa que en esa misma norma los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales *dependen* de la Administración General del Estado – artículos 98 y 103 respectivamente –. A esa forma de calificación del vínculo se hizo referencia anteriormente. En cualquier caso, a modo de resumen, se puede señalar que en los fondos el legislador parece querer subrayar la separación que tienen respecto de la Administración.

²³ Real Decreto-ley 7/2010, de 7 de mayo, por el que se crea el Fondo de Apoyo a la República Helénica y se autoriza un crédito extraordinario por importe de 9.794.387.450 euros para su dotación.

Por su parte, el artículo 138 se refiere al régimen jurídico. De conformidad con el mismo, los fondos se rigen por lo previsto en la LRJSP, por sus normas de creación y por el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación. A diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos tal precepto no aporta demasiado, le falta concreción. Las remisiones a las normas de derecho administrativo general y especial «que les sean de aplicación» mantiene a los fondos en un plano ambiguo. Favorece que las normas de creación de los fondos establezcan reglas especiales, distintas, o incluso excluyan, expresamente o por omisión, las normas comunes aplicables a la Administración pública.

Esto hace que los fondos se acaben sujetando a un derecho especial que, poco o nada tiene que ver con las reglas de contratación pública, de procedimiento administrativo o de formación de voluntad de los órganos colegiados previstas para la Administración. Y aunque esas reglas encajan con lo previsto en el 138 – «derecho administrativo especial que le sea de aplicación» –, lo cierto es que con las mismas se excluyen garantías públicas de especial trascendencia.

En consecuencia, se puede afirmar que el régimen jurídico previsto por la LRJSP no establece unas normas claras y bien definidas, sino que favorece la ambigüedad y permite que los fondos escapen de las reglas aplicables al resto de instrumentos de la Administración.

Por último, el artículo 139 hace referencia al régimen de presupuestos, de contabilidad y de control de los fondos. Este régimen ya estaba previsto desde el año 2003 en la LGP, por lo que la LRJSP no aportó nada nuevo. Se trata de uno de los aspectos más relevantes de la configuración de los fondos. Por ahora, basta con dejar apuntado que esas reglas económico-financieras son las que dan a los fondos una configuración especial.

3.2. Lo no previsto en las normas vigentes: una quiebra a las garantías públicas

Pese a que la inclusión de esos tres artículos es un avance y lleva implícito el reconocimiento de la categoría, lo cierto es que prácticamente no resuelve nada. Como se verá a continuación, el silencio en determinadas cuestiones genera multitud de dudas y conflictos jurídicos a los que el legislador no ha prestado atención.

Esas normas no imponen a la publicidad de determinados actos, la aplicación de las reglas de contratación, un régimen de la responsabilidad acorde a su condición de instrumento público, ni siquiera exigen la utilización del procedimiento administrativo. Asimismo, las normas que los regulan individualmente tampoco se refieren a estas cuestiones, y cuando lo hacen, es de un modo ambi-

guo o excluyendo las garantías públicas. Con todo, se trata de aspectos extrema relevancia para el derecho público y los fondos parecen estar fuera de ellas. Se encuentran en un verdadero limbo jurídico.

Todo lo anterior no parece tratarse de un despiste del legislador. Parece perseguir intencionadamente que los fondos se sujeten a reglas especiales. Esto es, que cada uno de ellos cuente con una organización, procedimientos y reglas adaptados a los fines y circunstancias del mismo. Esto puede servir para que el fondo se adapte mejor a las necesidades que pretende satisfacer, pero encierra el problema de excluir las reglas generales aplicables a la Administración, con la elusión de garantías que ello conlleva. De hecho, si se comparan los fondos con otras figuras que forman parte del sector público institucional, las diferencias son notables²⁴.

3.3. *En particular, el régimen presupuestario, contable y de control*

En lo relativo al régimen presupuestario, que es lo que aquí nos interesa, se debe destacar que la normativa española ahora mismo prevé dos tipos de presupuestos: administrativo o de explotación y capital.

²⁴ Basta con recordar las reglas generales que la LRJSP establece para otras entidades como organismos autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles públicas:

«Artículo 99. Régimen jurídico – Organismos autónomos –.

Los organismos autónomos se regirán por lo dispuesto en esta Ley, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

Artículo 104. Régimen jurídico de entidades públicas empresariales.

Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

Artículo 113. Régimen jurídico. – Sociedades mercantiles estatales –

Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas».

Como se puede observar, en todas ellas el nivel de concreción es mucho mayor que en el caso de los fondos públicos. Tanto para las entidades públicas en sentido estricto como para las de base privada, el legislador se esmera por delimitar claramente las reglas aplicables a cada uno de ellos. Ello incluso cuando su actividad está a mitad de camino entre el derecho público y el derecho privado. En todos esos casos, además, aparte de las reglas generales y especiales de derecho administrativo que les sean de aplicación, en los artículos siguientes se hace referencia expresa a la necesaria aplicación de la normativa sobre procedimiento administrativo o sobre otras cuestiones de extrema relevancia como la contratación pública. También se aplicarán necesariamente las reglas previstas para la Administración. En definitiva, se delimita adecuadamente el régimen jurídico para evitar que haya reductos por los que escapar del Derecho público.

El presupuesto administrativo presenta una estructura simple caracterizada por determinar de forma detallada los gastos que como máximo puede tener cada organismo y, si los hubiera, la previsión de ingresos. Es el presupuesto propio de la Administración General del Estado. Funciona como mecanismo de control del poder legislativo al ejecutivo. Es aprobado y supervisado por las Cortes.

Pero los fondos públicos no hacen ese tipo de presupuesto. Están obligados a elaborar un presupuesto de explotación y capital en los términos del artículo 64 y siguientes Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – LGP –, que se incorporan a los PGE como anexo.

Una de las características más importantes de estos presupuestos es la flexibilidad que proporcionan. Mientras los presupuestos administrativos contienen determinaciones limitativas, el presupuesto de explotación y capital contiene estimaciones y previsiones. En concreto, el presupuesto de explotación es una previsión de los ingresos y gastos del ejercicio presupuestario. El presupuesto de capital, por su parte, hace referencia al estado de flujos de efectivo – origen de los recursos y aplicaciones en que se materializan los mismos –. En el mismo se explican con cierto detalle operaciones de gestión, así como los cobros y pagos.

Cada año, los fondos deben elaborar sus presupuestos y acompañarlos de una memoria donde se explique su contenido, la ejecución del ejercicio anterior y la previsión de la ejecución del ejercicio corriente. Asimismo, deben incluir un balance y un programa de actuación plurianual. Este documento está integrado por los estados financieros explicados en la memoria – balance, explicación de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de la ejecución del ejercicio corriente – y debe reflejar los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivos definidos para el fondo. Esta es una de las diferencias con el presupuesto administrativo, cuyo ámbito temporal no excede de un año y no admite planificación plurianual.

La responsabilidad de elaborar estos presupuestos recae sobre los órganos de gestión del fondo o sobre las entidades a las que se encuentren adscritos los mismos.

Son presupuestos menos estrictos que los administrativos. Se asemejan al presupuesto de empresas privadas y de entidades que perciben recursos de fuentes distintas a los PGE. Han sido importados del sector privado y han permitido incorporar a los PGE las previsiones de ingresos y gastos de aquellas entidades que, formando parte del sector público, desarrollan una actividad con un contenido económico incapaz de adaptarse al presupuesto administrativo – por ejemplo, porque dependen del mercado –. Están diseñados para entidades que realizan actividades comerciales sobre las que no se pueden hacer previsiones exactas. De hecho,

la LGP prevé que este es el presupuesto que deben elaborar las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones públicas y las entidades públicas empresariales.

La razón de que el legislador haya optado por aplicar este tipo de presupuestos a los fondos carentes de personalidad probablemente se encuentre en la búsqueda de autonomía y flexibilidad: obtención de recursos propios, retención de recursos de un ejercicio a otro, adscripción de todo lo que perciban a un fin de forma permanente – sin estar condicionados por el período anual ni por el principio de no afectación –, gestión independiente de la entidad en la que se integra el fondo, libertad para gastar más o menos de lo previsto, etc. Se persigue, en definitiva, evitar la rigidez de los presupuestos administrativos.

Ahora bien, esa flexibilidad lleva aparejada una reducción de las garantías públicas, no solo en los presupuestos sino, por ejemplo, en el tipo de contabilidad. La especialidad en el régimen presupuestario de los fondos de la LGP ha dado lugar a diferencias en el régimen contable²⁵. No se sujetan a la normativa de contabilidad pública puesto que no se integran en el presupuesto consolidado. Se someten a un régimen contable distinto que, al igual que el resto de instrumentos que elaboran presupuestos de explotación y capital se rige, en parte por los principios establecidos para la contabilidad de la empresa privada²⁶. Asimismo, no hay información publicada sobre dónde deben incluirse en el sistema europeo de cuentas.

Por último, en relación con el control, los fondos se sujetan a control interno y externo.

Respecto al control interno, están sometidos al control de la IGAE mediante auditoría pública. Por tanto, no son tratados como cualquier órgano o entidad pública de la Administración. Mientras dentro de la Administración se controlan los recursos mediante la función interventora – acto por acto y comprobando la legalidad – o, al menos, mediante el control financiero permanente, en los fondos únicamente se hace una verificación posterior mediante procedimientos selectivos que solo afecta a los aspectos contables²⁷.

Con esto los fondos no solo quedan excluidos de los controles que habitualmente se aplican a la Administración, también lo están de los controles que la normativa ha previsto aplicar a los organismos públicos – artículos 149 y 158 de la LGP –. Por ejemplo, en el caso de los organismos autónomos, la LGP pre-

²⁵ J. Pascual García, *op. cit.*

²⁶ Resolución de 1 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueban las normas contables relativas a los fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria y al registro de las operaciones de tales fondos en las entidades aportantes del sector público administrativo.

²⁷ Se produce lo que Cazorla Prieto ha descrito como «una flexibilización de las reglas fiscalizadoras, que puede resultar chocante con las enormes cantidades de gasto público que se gestionan a través de tales fondos», L.M. Cazorla Prieto, *op. cit.*, 161.

vé que se controlan mediante la función interventora – artículo 149 – y mediante control financiero permanente – artículo 158 –. Por su parte, las entidades públicas empresariales, se controlan mediante control financiero permanente – artículo 158 –. Ambas entidades están sometidas también a auditoría de cuentas anuales.

En el caso de los fondos se recurre a los mecanismos previstos para las sociedades mercantiles públicas y para las fundaciones o, en otros términos, para entidades dotadas de personalidad jurídica y cuyo funcionamiento se rige, en parte, por el derecho privado²⁸. Estas circunstancias ponen de manifiesto que los fondos, indudablemente, escapan de la aplicación del derecho público – de los controles –.

Respecto al control externo, los fondos públicos son supervisados Tribunal de Cuentas. De las formas de control que ejerce este órgano es interesante para el presente estudio el control que se ejerce directamente sobre el fondo²⁹. Es una forma intensa de control, pero es posterior y aleatoria. Que se haga o no, depende de que el Tribunal de Cuentas incluya a uno o varios fondos en su programa anual de fiscalizaciones.

Lógicamente, a través de esta forma de control no se han controlado todos los fondos, pero en los analizados, los informes del Tribunal de Cuentas señalan numerosas irregularidades. A modo de ejemplo pueden consultarse los informes de fiscalización del *Fondo Para la Promoción del Desarrollo*, que es uno de los fondos cuyo marco normativo está más desarrollado³⁰. En el mismo se ponen al descubierto irregularidades que son paradigma de las graves situaciones que se pueden dar con esta configuración:

«En una ocasión se concedió un préstamo a un Fondo de inversión constituido en las islas Caimán, gestionado por una empresa radicada en Panamá; y, en otras dos, a Fondos constituidos en la República de Mauricio paraísos fiscales sin sujeción a ninguna entidad regulador».

El Tribunal de Cuentas considera que este tipo de operaciones deberían excluirse categóricamente de la financiación española. FONPRODE ya aprobó no autorizar nuevas operaciones de este tipo, pero eso solo afecta a este fondo.

Otro ejemplo destacado en el mismo informe es el que señala que «Se concedió una contribución al Banco Interamericano de Desarrollo por 78 millones de euros, sin haberse firmado el correspondiente convenio de crédito». Se da una ausencia incuestionable de garantías públicas. Por último, ese mismo informe también señala que «Existen al menos tres Fondos de capital en los que la forma-

²⁸ Véanse los arts. 113 y 139 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde se prevé expresamente que este tipo de organismos someten su actividad al derecho privado.

²⁹ La función de fiscalización del Tribunal de Cuentas se encuentra prevista en los artículos 9 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

³⁰ Véase el Informe de Fiscalización del Fondo para la Promoción del Desarrollo, ejercicios 2012 y 2013 – número de fiscalización 1159, aprobado el 12 de julio de 2016.

lización de las relaciones crediticias no se efectuó por el ICO, contraviniendo el art. 14 de la Ley de creación de FONPRODE».

Todas estas irregularidades no se producirían con sujeción a un presupuesto administrativo o, al menos, con un marco normativo bien definido y ajustado a los recursos públicos que manejan. No obstante, tal y como se expuso anteriormente, ni la normativa del FONPRODE ni la de otros fondos se caracteriza por regular de forma detallada su régimen jurídico o su actividad. Y es que las irregularidades derivan de la indefinición o lagunas existentes en la normativa.

4. *La huida del presupuesto público*

Tras analizar los fondos se puede afirmar que en algunos casos realizan actividades en las que los ingresos y los gastos son difíciles de prever. Requieren flexibilidad para realizar correctamente su actividad y no siempre se pueden ajustar a las determinaciones estrictas que supone aprobar un presupuesto administrativo. Por ello, parece lógico que el legislador recurra a este régimen presupuestario – y, en consecuencia, a este régimen contable y de control –. Con todo, convendría revisar el régimen jurídico y definirlo correctamente para que su utilización no dé lugar a irregularidades como las indicadas.

Como se puede observar, no hay duda sobre la licitud del presupuesto empleado, pero debe señalarse que no parece que todos los fondos públicos requieran esa flexibilidad para la satisfacción de sus intereses. Ejemplo claro de ello es el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuya actividad consiste, básicamente, en garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial. En casos como este se escoge esa forma más flexible, pero no porque se necesite ni porque el interés público lo justifique, sino con el objeto de evitar rigideces, cargas y a costa de algunas garantías públicas. Y es que en la última década los fondos públicos han proliferado y se están utilizando para la realización de actividades clásicas que no requieren esa flexibilidad.

En este punto, procede señalar, como se dijo al principio, que es cierto que el legislador y la Administración tienen libertad para escoger las formas que estimen más adecuadas para financiar un servicio o realizar una actividad. Sin embargo, el especial régimen económico-financiero que caracteriza a los fondos públicos no debería ser empleado para eludir cargas y controles y huir, sin justificación, del derecho presupuestario público en la realización de actividades administrativas ordinarias.

5. *Reflexión final: una visión funcional para identificar las reglas aplicables en el Derecho público español*

En su regulación actual, los fondos públicos son una manifestación de la huida del derecho administrativo y del presupuesto público, pero son útiles. La Administración recurre a ellos porque encuentra soluciones que no le proporcionan otros instrumentos y le permite actuar con eficacia. Lo que los hace atractivos es su regulación o, mejor dicho, su ambigua regulación.

De acuerdo con el planteamiento tradicional, deberían sujetarse a derecho administrativo plenamente. Ahora bien, por todos es conocido que la plena sujeción de los fondos públicos al derecho administrativo solo haría que cayeran en desuso e impulsaría a la Administración a buscar otros instrumentos.

Por ello, lo más razonable – y también lo más complejo – es admitir que, en determinados casos una actuación eficaz de la Administración requiere menos exigencias formales y más flexibilidad, y que, en esos casos, se puede acudir a otras normas. No se trata de permitir la sujeción de los fondos públicos a derecho privado, ni de prescindir de garantías como la publicidad o la obligación de gestionar adecuadamente los recursos públicos. Se trata de reconocer que algunas actividades, las haga quien las haga, son públicas, pero por sus características deben sujetarse a un derecho público especial adaptado a las necesidades de la función a desarrollar. Y es que no hay un único modo de respetar las garantías públicas. Se puede articular una regulación menos formal que también sea respetuosa con las garantías públicas.

Siguiendo este planteamiento se podría comprobar si las tareas que están desarrollando los fondos públicos pueden o deben ser realizadas con sujeción a esas u otras normas o si, por el contrario, deberían sujetarse plenamente al derecho administrativo vigente. De esta forma, solo cuando la actividad del fondo no justifique esa flexibilidad se aplicará plenamente el derecho administrativo, admitiendo, en el resto de casos, la sujeción a una regulación más flexible, menos formal, que permita satisfacer con eficacia el interés público perseguido y, al mismo tiempo, respete las garantías públicas.

Ahora bien, esta solución pasa necesariamente por la utilización de un criterio funcional de modo que se desvíe la atención del sujeto hacia la función como elemento para conocer las normas aplicables. Aunque constituye un cambio, se encuentra en línea con el derecho europeo reciente y podría mitigar la recurrente huida hacia el derecho privado. A fin de cuentas, el derecho administrativo no ha sido nunca, ni debe ser, una solución estática. Las necesidades públicas son variadas y cambiantes; las reglas y los instrumentos deben adaptarse, las garantías son las que deben permanecer.

Claudia Hernández López - Abstract

La huida del presupuesto público. El caso de los fondos públicos españoles

Este trabajo analiza los fondos públicos españoles. En particular, se describen sus aspectos esenciales, su marco normativo y las razones de su utilización. El fin último es conocer la figura, comprender por qué escapan de derecho de los presupuestos públicos y, en su caso, saber de qué forma se podría evitar que esa huida reproduzca en el futuro a través de otros instrumentos.

The flight from the public budget. The case of Spanish public funds

This paper analyses Spanish public funds. In particular, its essential aspects, its regulatory framework and the reasons for its use are studied. The ultimate goal is to provide an outline, understand why they escape the law of public budgets and understand how to prevent this escape in the future through the use of other means.